

ANTÔNIO PAULO DA COSTA CARVALHO

MAGISTRATURA, MODERNIDADE E ORDEM  
DEMOCRÁTICA

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO APRESENTADA À  
BANCA EXAMINADORA DO CURSO DE PÓS-  
GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE  
FEDERAL DE SANTA CATARINA, COMO  
REQUISITO PARCIAL PARA OBTENÇÃO DO  
TÍTULO DE MESTRE EM DIREITO, SOB  
ORIENTAÇÃO DO PROFESSOR EDMUNDO LIMA  
DE ARRUDA JÚNIOR.

Universidade Federal de Santa Catarina  
CPGD  
Florianópolis, SC.  
2001

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação MAGISTRATURA, MODERNIDADE E ORDEM DEMOCRÁTICA elaborada por ANTÔNIO PAULO DA COSTA CARVALHO e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

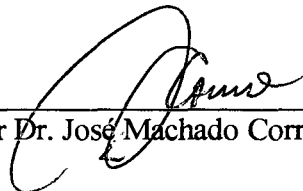
Florianópolis, 28 de fevereiro de 2001.

Banca Examinadora:



Professor Dr. Edmundo Lima de Arruda Júnior – Presidente

Professor Dr. Lédio Rosa de Andrade – UNESC - Membro.



Professor Dr. José Machado Corrêa – UFSC - Membro

Professor Ms. Sérgio Weigert – Msc. Suplente

**Professor Orientador:**

Professor Doutor Edmundo Lima de Arruda Júnior: \_\_\_\_\_

**Coordenador do Curso:**

Professor Doutor Christian Guy Caubeft:  \_\_\_\_\_

Florianópolis, 28 de fevereiro de 2001.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Prof. Edmundo Lima de Arruda Jr, orientador da Dissertação, que em todos os momentos contribuiu para a realização deste trabalho com seu entusiasmo e incentivo.

Ao Prof. Selvino José Assmann que, com seus ensinamentos no Curso de Filosofia, no Pós-Graduação da Faculdade de Educação, da UFSC, aproximou-me com o pensamento de Antônio Gramsci, mas dando-me grande apoio pessoalmente.

Ao Prof. Lédio Rosa de Andrade, além de professor e magistrado exemplar, por aceitar o convite para participar da Banca Examinadora trazendo sua crítica construtiva.

Para os Professores José Machado Corrêa e Sérgio Weigert, por aceitarem tão gentilmente o convite para participar da Banca Examinadora.

À Coordenação e funcionários do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, em especial às funcionárias Gilvana Pires, Melissa, Rose, pela atenção e amizade.

Para Ivone Lixa, Tomás de Aquino, Katie Arguelo, por me incentivarem a perseverar nesta empreitada.

Para o Tribunal de Justiça de Mato Grosso, por me facultarem, ainda como magistrado em exercício, a freqüentar este curso.

## DEDICATÓRIA

À minha mãe Lydia, por seu incentivo e carinho.

Para meus filhos, Daniel e Wagner.

Para Edmundo Arruda e Selvino Assmann por tudo que me ensinaram.

*In memoriam*

*De meu pai, Octávio, sempre afetuoso,  
alegre e brincalhão.*

*Amava a vida, a família, a natureza  
e nela, as plantas e as flores. Era  
primavera quando partiu.*

## RESUMO

Trata-se de um trabalho de dissertação que se desenvolve em três capítulos:

O primeiro ocupa-se com a construção ou reconstrução da Democracia. A luta democrática passa pela práxis dos operadores do Direito. Por isso tornou-se útil introduzir o pensamento de Antonio Gramsci. Ele enfatizou o papel decisivo dos “intelectuais orgânicos” comprometidos com a Democracia e, portanto, com uma nova “hegemonia política”.

O poder criativo dos magistrados na construção da ordem jurídica é, a seguir, o tema do segundo capítulo. As reflexões de Mauro Cappelletti fornecem uma visão atual e acurada da função do magistrado no exercício do Poder. Para ele, cumpre aos magistrados resgatar não só os “Direitos Fundamentais”, como elementos formadores da ordem jurídica, mas sobretudo contribuir para uma práxis transformadora.

O terceiro capítulo trata, de forma geral, da “Teoria Garantista” de Peña Freire e Ferrajoli. Segundo esta teoria, é a pragmática dos “Direitos Fundamentais” que se dará significados éticos e políticos à democracia, não no sentido meramente formal, mas numa dimensão substancial. Nesse sentido, a função do magistrado é imprescindível para uma (re)construção da Democracia.

Nas considerações finais, são apresentadas algumas conclusões consideradas importantes para uma prática transformadora da sociedade.

## *ABSTRACT*

This work is a dissertation with develop itself to three chapters:

The first one is regarding the consturction or reconstruction of Democracy. The democracy struggle goes thru the “praxis” of the Law operators. Because of it, became uselfull to introduce the thought of Antonio Gramsci. He enfatizes the decisive paper of the “organic intellectuals” committed with Democracy and, therefore, with a new political “hegemony”.

The creative power of the “magistrates” on the construction of the judicial order is as follow, the theme of the second chapter.

The reflections Kof Mauro Cappelletti, supply and accurate and updated vision of the “magistrate” functions, in exercice of power.

For him, is aduty to the magistrate, not only to rescue the fundamental rights, as constructive elements of the judicial order, but above all, contribute to a “transformer praxis”.

The third chapter regards, in general, about the “garantista theory” of Peña Freire and Ferrajoli. Accordingly to this theory, it is the pragmatics of the “fundamental rights” wich will give ethical and political meanings to the Democracy, not in a mere formal sence, but in a substasncial dimension.

In this way the function of the magistrate is indispensable for a (re)construction of the Democracy.

On final considerations, are presented some conclusions considered important to a transformer function of society.

# SUMÁRIO

**RESUMO**

**ABSTRACT**

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>9</b>
<b>1 GRAMSCI E A MODERNIDADE</b>	
1.1 A Vida, a Obra e o Desenvolvimento do Pensamento de Gramsci	20
1.2 Postulados para a Construção da Democracia em Gramsci e os Novos Atores	29
1.3 Uma Nova Racionalidade para o Magistrado	48
1.4 Gramsci e o Brasil	72
1.5 O Estado Moderno em Gramsci	76
<b>2 O PODER CRIATIVO DOS JUÍZES</b>	
2.1 O Controle Judicial da Constitucionalidade das Leis em Mauro Cappelletti	85
2.2 A Criação da Norma jurídica pelo Magistrado	90
2.3 Debilidades e Virtudes da Atividade judicial	116
<b>3.OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E APLICAÇÃO DO DIREITO</b>	
3.1 O Conceito de Garantismo	134
3.2 Conceito de Direitos Fundamentais	140
3.3 Gerações de Direitos Fundamentais	143
3.4 Desigualdades Sociais e Ordem jurídica	150
3.5 Garantia como Macroconceito	159
3.6 Fundamentos Atuais do Uso Alternativo do Direito	170
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>180</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>184</b>



## INTRODUÇÃO

As crescentes e complexas mudanças socioeconômicas, políticas, científicas e filosóficas do mundo contemporâneo, envoltas às novas formas de globalização da economia, (tomando-se como ponto de partida a “queda do muro de Berlim”), trazem, em sua esteira, mudanças na reprodução do pensamento jurídico dos operadores do Direito do mundo ocidental, especialmente naqueles países cujos governos adotaram uma política que se aproxima do chamado pensamento neoliberal.

Com tais redimensionamentos, os processos de criação das normas jurídicas e de operação do Direito sofrem algumas mudanças que afetam os órgãos do Poder do Estado e, por conseguinte, o Judiciário. Estes acontecimentos implicam em maior necessidade de compreensão do fenômeno jurídico por parte dos seus operadores.

Deste novo contexto, emerge a importância de se discutir e problematizar a origem de tais mudanças que, em nosso caso, tem como marco referencial teórico, algumas contribuições de certos pensadores das áreas da Filosofia, da Sociologia Jurídica e do Direito, destacadamente Antonio Gramsci e Mauro Cappelletti, bem como de alguns teóricos do chamado Garantismo Jurídico.

Embora Gramsci integre-se no pensamento marxista e Cappelletti dedique-se ao estudo do mecanismo interno do Poder Judiciário na ordem jurídica burguesa, entendemos ser possível, diante destas duas visões, compreender as mudanças na criação das normas jurídicas neste conturbado quartel de final do século XX e início do XXI. O primeiro porque torna possível uma leitura do ordenamento jurídico sob o prisma da *teoria social do conflito*, revelando serem as lutas de classe, na visão marxista, uma fonte substancial do Direito, o segundo porque explicita o funcionamento do sistema jurídico já positivado, cristalizado, já como fonte formal do Direito, na visão liberal.

A norma jurídica vai se compondo através destes dois momentos, numa relação dialética, que na concepção de Gramsci é o *Estado Ampliado*, onde atuam na sua formação tanto a sociedade civil como a sociedade política.

Cabe ao Poder Judiciário, como intérprete privilegiado da vontade geral, sentir e compreender estes dois momentos, dando a solução que melhor legitime o Direito numa sociedade Democrática.

Há um vivo interesse dos estudiosos do Direito em saber como e, de que forma, as mudanças na criação e no exercício do Direito têm afetado a atividade específica dos magistrados, especialmente quando, no “imaginário jurídico”<sup>1</sup>, acredita-se que, com a implantação da política neoliberal, esteja ocorrendo um processo de desregulamentação jurídica em alguns setores, especialmente no trabalhista, com reflexos na atividade judicante. Essa percepção, a nosso ver, não foi suficientemente problematizada em termos críticos, especialmente em função das consequências daí advindas, a começar pela radical problematização da sobrevivência da democracia e de outros reflexos num mundo em que a razão crítica parece estar fora de moda, especialmente a crítica que torna possível desvendar as relações de poder entre grupos e classes sob a perspectiva da “sociologia do conflito” (ARRUDA JR, 1993: 87)..

Assim sendo, é de se refletir sobre a ocorrência dessas mudanças e suas consequências, a exemplo da proclamada desregulamentação de certas áreas jurídicas<sup>2</sup>, ao mesmo tempo em que o Estado tende a ser meramente regulamentador. Refletir se, em razão disto, tenha também ocorrido uma mudança substancial ou formal no processo de criação e aplicação das normas pelo Judiciário, a par da função específica do Poder Legislativo. Isto analisado, verificar quais são os seus limites. Esta problemática é uma discussão necessária no presente trabalho, inclusive em função da questão principal, qual seja, identificar o papel do juiz na (re) construção da democracia. O pressuposto é que, no processo de racionalização do Direito, o operador jurídico – magistrado - desenvolve um papel importante, embora contraditório e ambíguo<sup>3</sup>, na tensão pela afirmação/não afirmação da modernidade jurídica, funcionando como um fator interno daquela racionalização.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> O conceito operacional de “imaginário jurídico” aqui adotado compreende: “o conjunto contraditório de crenças teóricas e práticas por parte dos operadores do direito e dos cidadãos, sobre alguma questão de Direito.

<sup>2</sup> Lembra o Alexandre Luiz Ramos, que *A desregulamentação do Direito do Trabalho decorre da alteração do modo de acumulação capitalista [...] Agora que a acumulação de capital é flexível, tal condição impõe a flexibilização da força de trabalho e, por consequência, a flexibilização da legislação, num primeiro momento, e a desregulamentação, num segundo. A flexibilização é um fenômeno que não pode ser entendido por dentro do ordenamento jurídico, mas fora dele. In: Acumulação Flexível, Toyotismo e Desregulamentação do Direito do Trabalho. CPGD/UFSC, 1999. Sobre flexibilização. Vide ainda: SIQUEIRA NETO, José Francisco. Flexibilização, Desregulamentação e o Direito do Trabalho no Brasil. In: Crise e Trabalho no Brasil – Modernidade ou volta ao Passado? Florianópolis: (omissis).*

<sup>3</sup> Partimos do pressuposto que numa sociedade de classe o Poder Judiciário e a administração da justiça encontram-se nela estruturados. Ora reproduzindo o “*status quo*”, ora afirmando interesses emancipatórios.

<sup>4</sup> Para a compreensão do processo de racionalização, vide: ARGÜELLO, Katie. Direito e Política em Max Weber. Guarulhos: Acadêmica. 1997, p.65-119.

Na atividade judicial de aplicação da norma jurídica, tem o juiz o dever funcional de defender os princípios e normas contidos na Constituição e, por conseguinte, o de defender a democracia e os direitos humanos em todas as suas decisões?

Ao Poder Judiciário, como um dos órgãos da soberania<sup>5</sup>, foi-lhe atribuído uma função organizadora, dinamizadora e consolidadora na democracia moderna. Seu papel é, portanto, institucional e, em certa medida, depende do Direito de cada Estado. Entretanto, pode ocorrer que parte de seus membros não tenha uma consciência plena de seu compromisso constitucional, negligenciando a dimensão política da sua função, fruto de uma tradição conservadora, eminentemente burguesa, presa às formalidades. Somente os magistrados conscientes de seu papel na consolidação e no avanço da democracia estarão despertos a promovê-la, cumprindo assim um dever que, em última instância, é definido constitucionalmente, enquanto Estado de Direito Democrático.

Dentre as várias definições do Estado, lembremos a de Max Weber que a explicita como uma associação política que se caracteriza pelo monopólio do exercício legítimo da violência. Embora não seja este o meio único de que se serve é, contudo, o seu meio específico:

*El Estado, lo mismo que las demás asociaciones políticas que lo han precedido, es una relación de dominio de hombres sobre hombres basada en el medio de la coacción legítima (es decir: considerada legítima). Así, pues para que subsista es menester que los hombres dominados se sometan a la autoridad de los que dominan en cada caso.* (Weber: 1992: 1057)<sup>6</sup>

Sem o monopólio do exercício legítimo da força física o Estado perderia sua identidade como tal, mas o poder coercitivo ou seu exercício por parte do Estado nem sempre é fruto de uma ordem jurídica criada pela vontade geral ou da consciência política daqueles que, numa democracia, seriam os verdadeiros titulares do poder de criar normas: o povo.

---

<sup>5</sup> O conceito de soberania aqui adotado parte de um ideal de democracia, ou seja, a idéia de que o Estado é uma criação do povo, criatura e criador e, como tal, esse povo tem a prerrogativa de dizer, em última instância sobre a eficácia das leis que ele mesmo quer se submeter.

<sup>6</sup> Tradução livre do autor: "O Estado, como todas as associações políticas que o precederam historicamente, é uma relação de domínio de homens sobre homens, suportada por meio da violência legítima (quer dizer, da que é encarada como tal). Necessita pois, para subsistir, que os dominados acatem a autoridade que aqueles que dominam nesse momento pretendem ter."

Assim, as normas criadas pelo Parlamento estão bem longe da utopia de uma sociedade democrática e igualitária identificada por Rousseau em *Do Contrato Social*, como uma República autogovernada e fundada na vontade geral, mas sim pela tensão e diferenciação provocada pela divisão do trabalho e da ordem econômica, como pelas características peculiares dos seres humanos, seja de ordem física, biológica, psicológica, ética e cultural, que precipitam a diferenciação das classes sociais.

Os legisladores são eleitos, cada qual, por percentual pequeno do colégio eleitoral, não podendo, assim, afirmar-se que, de fato, representam a vontade geral. Como se sabe, quando Rousseau fala da democracia, declara que a única democracia é aquela direta, em que ninguém tem o direito de representar a outrem.

Se outrora se justificava a legitimidade dos soberanos no monopólio da força física, com base na idéia de um direito natural ou de um direito divino, a partir do século XIX tal legitimidade foi transferida, historicamente e mais claramente, do rei para um grupo político eleito com função de criar a lei e administrar o Estado, passando o direito legislado a ser a expressão dessa legitimidade que, nem sempre, representa a vontade geral.

Lembra Mário Ferreira dos Santos que, *“Entre as características do Estado, salientada por Engels, está a instituição de um poder público, que já não corresponde diretamente à população”*. E isto se dá porque a organização espontânea da população em arma se tornou impossível, desde que a sociedade se dividiu em classes. (SANTOS, 1964:131).

Através do Estado predomina a idéia de que a lei representa a vontade geral, mas a construção da democracia passa a ser um ideal a ser alcançado, construído e aperfeiçoado não só formalmente, mas na plenitude da vida social.

Considerando o Estado como uma relação de domínio entre uma classe dominante e uma classe dominada, é de se constatar que, os que obedecem, o fazem, ou pelo costume e tradição, ou pelo carisma e temor do caudilho ou, ainda, racionalmente, pela crença na legalidade, como normas racionalmente criadas.

Para o pensador marxista italiano, Antonio Gramsci (1891-1937), a construção da democracia deve passar previamente por um processo de construção de uma nova mentalidade, através de uma *reforma moral e cultural* da sociedade.

É neste contexto e, com a companhia de Gramsci, que nos propomos a uma visão crítica da modernidade e, neste contexto, verificar se os juizes brasileiros, (tomados conceitualmente enquanto intelectuais), comprometidos com a democracia, podem ocupar esta trincheira e, depois, a partir de Mauro Cappelletti, analisar mais especificamente como tem sido na práxis a contribuição do poder judiciário nesse processo e, finalmente, com o auxílio de outros estudiosos, e apoiado na própria experiência como juiz, delinear melhor algumas indicações mais precisas sobre a contribuição do operador jurídico na referida tarefa.

Sabemos que a educação do indivíduo para a cidadania já era a preocupação de Aristóteles em a *Política*. Embora o momento histórico seja hoje bastante diferente, tinha razão quando dizia que a virtude do Estado está conforme a virtude de seus cidadãos<sup>7</sup>. Essa virtude, atualizada na visão de Gramsci, pode ser construída através de uma *reforma moral e cultural*.

O cidadão, quando consciente, sabe que é o homem quem faz a história e identifica quais partidos políticos estão ligados organicamente às massas, não só influenciando, mas sendo influenciados por elas, atuando a serviço da vontade geral, legitimado assim a contribuir para construção de uma verdadeira democracia. Se tomarmos como modelo o ideal ateniense, trata-se de insistir em que do cidadão se exige algo mais do que a simples clareza na escolha dos governantes: ele deve sentir-se partícipe responsável pelo destino da comunidade a que pertence. Não se pode partir do princípio de que a política seja apenas atividade de especialistas, ou então, cair no senso comum vigente, segundo o qual o reino da política é necessariamente o reino do mal inevitável. Se assim fosse, imediatamente entenderíamos que se trata de uma visão equivocada da democracia. Mas para que todos

---

<sup>7</sup> Os princípios e os valores éticos na democracia grega estavam intimamente ligados com a política: “Para los griegos, ética y política no son dos conceptos o realidades separadas: la ética no es independiente de la política. El hombre no es sólo un individuo, sino que, junto con eso, es un ciudadano; y es precisamente en la polis, la ciudad, donde adquiere las virtudes éticas, propias de todo hombre honrado, de todo buen ciudadano. Esta polis responde a las necesidades humanas: ningún hombre se basta a sí mismo, sino que necesita de muchas cosas: <La primera de ellas es la provisión de alimentos para mantener la existencia y la vida>. Todos nos necesitamos mutuamente; cada uno aporta su especialidad a la provisión de tantas cosas (GARCÍA-MAURIÑO e FERNÁNDEZ REVUELTA, 1994: 22).

participem desta construção, como já salientado, é necessário uma "reforma moral e cultural" da sociedade, a fim de que se autogoverne e determine o seu próprio projeto de vida.

Nesta perspectiva geral, os partidos políticos têm, na visão de Gramsci, a função de guias, abrindo, para si e para todos os cidadãos, a possibilidade de construir uma vontade geral. Mas esta função de guia em relação às massas só poderá ocorrer se, entre ambos, houver uma relação orgânica capaz de representar uma força transformadora e revolucionária.

Assim, a mudança social só ocorrerá se houver um avanço na compreensão por parte das classes dominadas, no sentido de apropriarem-se de concepções filosóficas mais democráticas e libertárias, e de uma cultura geral e especializada mais sólida, a fim de que haja maior consistência nos consensos que forem criados politicamente na sociedade.

Os consensos, ou os ideais de igualização social podem ser criados a partir de regras gerais, de interesses comuns e no campo da identificação entre os diversos segmentos sociais subordinados, embora se saiba, previamente, que a luta entre dominadores e dominados se dá no campo do conflito e da diferenciação. Neste sentido, os direitos humanos e a legalidade constitucional constituem ideários identificados como valores de interesses comuns, base para regras que amoldam a todos os seres humanos, sem exclusão, nos Estados modernos.

Neste sentido, a consolidação e a compreensão dos direitos fundamentais são também, a nosso ver, elementos básicos para a formação de concepções filosóficas libertárias. Sob o aspecto jurídico, o conhecimento maior da lei e dos processos judiciais, confrontados com tais valores, poderá servir para identificar os avanços ou retrocessos que ocorrem na sociedade.

Por isso, conforme já afirmado, a identificação dos direitos fundamentais e sua inserção na *práxis* judicial serão parte de nossa análise, posto que não há como construir uma sociedade justa, sem esses elementos morais e culturais descobertos pela experiência e consagrados na consciência dos povos civilizados.

Se foi na modernidade que se formularam, desde o final do século XVIII, os direitos universais dos seres humanos, contudo esta proclamação solene nem sempre equivaleu a uma prática destes direitos. Se, por um lado, a declaração dos direitos significou um passo importante para eliminar qualquer justificação de servidão e de escravidão dos seres humanos, por outro, devemos lembrar que a formulação deu-se no contexto de uma modernidade capitalista, ou seja, num modelo de sociedade que privilegia o indivíduo e, por isso, a propriedade privada. O pensamento liberal, como se sabe, usou e usa dos direitos humanos para justificar as desigualdades sociais: se todos nascemos livres e iguais, as desigualdades são atribuídas a cada um isoladamente. Assim, se alguém é pobre, é ele o responsável único por sua pobreza. Tal constatação nos deve alertar para a ambigüidade histórica da declaração dos direitos humanos. Além disso, devemos ter presente que, a temática dos direitos veio sofrer modificações, mesmo dentro da tradição liberal. Foi também devido ao nascimento da tradição socialista que o individualismo liberal, que em outros tempos garantiu uma total liberdade de comércio e de criação de privilégios, transformou-se no Estado de bem-estar social, o *Welfare State* de alguns países do mundo capitalista. Esta nova modificação do Estado liberal foi oportuna enquanto convivia, no mundo, com uma “economia planejada” e “estatizada” dos países denominados de “socialismo real”. Em todas estas concepções e práticas políticas, houve avanços e recuos, quando falamos da consolidação de uma cultura dos direitos humanos. Referindo-nos ao que ocorre hoje, poderíamos dizer que, se houve recentemente novos avanços para uma nova geração de direitos humanos, ao mesmo tempo vivemos uma situação em que se apela fortemente para um questionamento de direitos que já pareciam adquiridos e consolidados. “Flexibilização”, “desregulamentação” são termos comuns e quase sagrados, mas que tocam de frente na vida individual e coletiva.

Deste modo, os valores do liberalismo (ou neoliberalismo), como o “laissez faire” para os negócios, expandiram-se mais e mais, invadindo todas as dimensões da vida humana. A sacralização da liberdade de mercado tornou-se hegemônica de tal forma que, falar dos direitos humanos e de seu respeito nas relações sociais, faz com que se pense em ingenuidade ou numa luta sem sentido. Certamente, qualquer empenho por uma civilização respeitosa dos direitos humanos, neste contexto, apresenta-se como tarefa importante e urgente, contudo, ao mesmo tempo, difícil.

Enquanto as camadas excluídas do processo social, econômico e político continuarem absorvendo a ideologia do dominador, enquanto se pensar e agir como se não houvesse alternativa ao "pensamento único" que absolutiza a lei do mercado, não poderá haver avanço democrático. Também por isso merece ser mais bem discutido o tema da vinculação entre a afirmação dos direitos humanos e a democracia, mesmo ao preço do questionamento de teorias políticas que já pareciam definitivamente formuladas e que só esperavam a sua prática.

O Estado neoliberal declara que a única via para garantir o bem-estar é o cumprimento das chamadas *leis naturais do mercado*. Desta maneira, a riqueza e o bem estariam garantidos. Ao mesmo tempo declara que não há lugar para todos, mas só para os competentes; os não-competitivos são os responsáveis pela sua pobreza ou miséria, pelo seu desemprego. Neste contexto, privilegia-se a acumulação de riqueza por parte de poucos, proibindo-se que haja uma preocupação com a vontade geral, o que tem sido causa de desorientação e desordem, miséria e exclusão.

Neste contexto é que surge no Brasil "o movimento pelo uso alternativo do Direito" por parte de dezenas de juízes, especialmente do Rio Grande do Sul, na tentativa de uma nova hermenêutica jurídica, com mais reflexão crítica, capaz de refletir os anseios sociais e neutralizar, de certa forma, as contradições de uma hegemonia ocidental cuja maior preocupação é o mercado.

Assim sendo, o "movimento pelo uso alternativo do Direito" tende a criar uma razão crítica, racional, com apoio aos movimentos sociais emancipatórios, que necessitam ser ouvidos num mundo que não enxerga outra coisa que o predomínio do pensamento único: a lei do mercado capitalista.

Nesta perspectiva, o "movimento pelo uso alternativo do Direito" abre a possibilidade de um diálogo no interior do Estado, passando a ser um mecanismo capaz de sentir e compreender as camadas sociais colocadas nos processos de exclusão, vítimas de um Estado contraditório, posto que injusto e criador de barbárie.

Apesar do predomínio desta mentalidade de Estado garantidor de mercado e da tensão entre os interesses deste Estado neoliberal de um lado, e dos anseios presentes na



sociedade civil de outro, verifica-se que há um espaço que o Poder Judiciário pode intervir, com a sua relativa autonomia em relação às normas do Estado burguês e os interesses da sociedade civil, dependendo, como já o dissemos, da posição que vier a assumir e da perspectiva a partir da qual o faz.

Um dos modos em que a Magistratura pode, a nosso ver, contribuir para a construção ou reconstrução da ordem democrática, é orientar-se no sentido de inibir normas criadoras de miséria, aplicando a lei à luz do art. 3º da CF/88 (Brasil) e de garantir os direitos fundamentais do homem, com os olhos voltados para os movimentos sociais, no sentido de compreender e sentir cada momento da luta. Aplicar tais direitos é uma forma de colocar limites à própria ação estatal, quando isolada dos compromissos sociais, e cega ao sentido libertário dos movimentos sociais. Isto será objeto de análise na terceira parte deste trabalho.

A propósito, ensina CANOTILHO:

*A garantia dos direitos fundamentais exige, para a sua realização, uma participação no procedimento (Teilhabe durch Verfahren). Daí a necessidade de as leis dinamizarem dimensões participatórias procedimentais a fim de através de um due process, se garantirem eficazmente posições jurídicas fundamentais. (CANOTILHO, 1193: 639).*

O Poder Judiciário, sendo o órgão que exerce, por força constitucional, a prerrogativa de presidir os conflitos dentro do devido processo legal e de garantir as posições jurídicas fundamentais, sua atuação crítica passa a ter grande importância no processo de construção/reconstrução da democracia na medida em que der garantia às conquistas sociais e evite seu retrocesso.

Em decorrência destas circunstâncias as leis criadas sob a hegemonia da classe dominante não só podem, mas devem ser filtradas e depuradas não só à luz dos princípios constitucionais, mas à luz de novas idéias racionais e emancipatórias, numa visão construtiva da democracia, que viabilize dentro do possível a inclusão social, neutralizando a visão monetarista alimentadora de exclusão social.

Inegavelmente é dado a todo cidadão o direito de lutar pelos valores universalizados da raça humana, positivados ou não, mas é dado especialmente ao Poder Judiciário, na condição de árbitro, o dever de garantir tais princípios, frutos do

amadorecimento da raça humana, posto que materializados na consciência dos povos civilizados.

É com este *desideratum* que procuraremos apresentar alguns mecanismos com os quais pode-se dispor para a construção ou reconstrução da democracia, através da inestimável contribuição da magistratura.

A sentença, se fundamentada, em termos de uma nova hermenêutica, como *uso alternativo ao Direito*, pode contribuir para garantir as conquistas sociais e não se limitando a proteger o direito subjetivo de cada cidadão frente ao outro. Tornando esta relação mais dinâmica a partir da consciência histórica de sua função, o Magistrado, como intelectual orgânico, poderá avançar para além do significado legal e político de qualquer direito positivado, desde que o faça de forma crítica e reflexiva, não permitindo que suas decisões se transformem em subprodutos do pensamento único do capitalismo mundial.

Esta atitude crítica e racional frente ao irracionalismo e contradições do pensamento único de produção e de visão de mundo poderá servir para o aperfeiçoamento da democracia, desde que em atenção aos verdadeiros anseios e reclamos populares por mais liberdade e mais igualdade.

É nesta perspectiva que se apresenta o *Uso Alternativo do Direito*: a de buscar cada vez mais reduzir os desequilíbrios entre os que gozam e os que não gozam da satisfação normal de suas necessidades fundamentais, aumentando, conseqüentemente, o maior equilíbrio social, não só dando a *cada um segundo suas necessidades e a cada um segundo a sua capacidade*, mas abrindo possibilidades de avanços emancipatórios.

É isto que Gramsci defende ao falar de uma *teoria ampliada do Estado*<sup>8</sup> posto que a atuação política da sociedade civil, juridicizada através dos operadores do Direito, pode encontrar eco nas instâncias da sociedade política, como no Judiciário, através da atuação construtora e pedagógica do Magistrado, como intelectual orgânico de uma nova hegemonia.

---

<sup>8</sup> A “teoria ampliada” do Estado emerge das indicações de Gramsci (Quaderno, 1584) para os momentos de interesse econômico e de poder político de classe que, segundo Giuseppe Staccone, “longe de constituírem esferas separadas da sociedade civil, com elas se soldam firmemente para formar uma totalidade que unifica, mesmo que conflitivamente, o conjunto das relações entre dirigentes e dirigidos e/ou governantes e governados” (STACCONE, Giuseppe. Gramsci. Revolução e Política. Petrópolis: Vozes. 1991. P.76).

O presente trabalho constitui uma contribuição de um mestrando recém aposentado da Magistratura Brasileira, de formação dogmática e que pretende tornar-se apto para a docência e para a formação de novos magistrados, neste século que se inaugura pleno de desafios, a começar por uma postura ética face à barbárie, num mundo tão obliterado do aperfeiçoamento democrático.

Essas são, portanto, as razões que nos levaram a escolher o tema da presente dissertação.

# 1 GRAMSCI E A MODERNIDADE

“O príncipe<sup>9</sup> precisa saber ser animal e homem. Esta regra foi ensinada aos príncipes, em palavras veladas, pelos antigos autores que escreveram, como Aquiles e vários outros senhores do tempo passado, que foram confiados ao centauro Quíron, para os educar sob a sua disciplina. Ter, assim, por preceptor um ser meio animal e meio homem, só significa que um príncipe precisa saber utilizar uma e outra natureza e, que uma sem a outra, não é durável”. (Maquiava. Príncipe, XVIII).

## 1.1 A Vida, a Obra e o Desenvolvimento do Pensamento de Gramsci

A visão de mundo de um homem e sua filosofia, há de ser coerente com o modo de vida que elegeu para si. Há de haver uma unidade entre o pensamento e a ação, entre sua teoria e sua prática. Este liame de coerência entre o pensar, o dizer e o agir são a sua coerência, sua convicção e seu critério de verdade.

Antônio Gramsci é o exemplo dessa relação dialética de pensamento, teoria e prática. Sua verdade, sua coerência, suas convicções foram levadas até as últimas conseqüências. Como seus propósitos foram nobres, imortalizou-se. E isso ocorreu não só entre os marxistas, em cuja matriz seu pensamento se insere, mas na cultura política universal. Sua linguagem política parece ter incluído, definitivamente, termos como "hegemonia", "intelectual orgânico", "bloco histórico", introduzidos ou consagrados pela análise deste pensador italiano do nosso século.

Não sofreu o *conflito* do intelectual que escreve uma coisa e exercita outra. Pelo contrário, construiu uma ponte dentro de si e a uniu à sua vida, e à dos outros. Como ele mesmo insistia em dizer, urge que o intelectual se vincule à massa, organicamente, o que inclui um *sentimento-paixão*<sup>10</sup> para com os injustiçados. É com esta perspectiva que se reconhece em Gramsci um reconstrutor, ou atualizador da *filosofia da práxis*<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> James Joll observa que *assim como o objetivo de Maquiavel era educar a classe dominante de seu tempo e forçá-la a encarar a realidade das tarefas políticas com as quais a Itália se defrontava, sem ser perturbada com os dogmas da Igreja, o "Príncipe moderno" educaria o proletariado e o adestraria para que se tornasse classe dominante no futuro* (JOLL, 1977: 74.)

<sup>10</sup> Gramsci esclarece: *Se a relação entre intelectuais e o povo-nação, entre dirigentes e dirigidos, entre governantes e governados, se estabelece graças a uma adesão orgânica, na qual o sentimento-paixão torna-se*

Daí entendermos ser da maior importância traçar um perfil de sua vida, que é uma fase histórica da luta pela democracia.

Para fazer esta breve descrição de sua vida, apoiamo-nos sobretudo nos textos de Carlos COUTINHO, além de Leandro KONDER (1995) e outros.

A obra de Gramsci, para uma visão da democracia no mundo contemporâneo é atualíssima, como proclamam seus estudiosos, por ser dotada de forte enfoque de universalidade e de modernidade.

Estudiosos do pensamento deste intelectual orgânico no Brasil, como na Europa, especialmente na Itália, testemunham esta atualidade: Carlos Nelson Coutinho, Valentino Gerratana, Luciano Gruppi, Guido Liguori, Christinne Bucci-Glucksmann, Ivete Simionato, Luiz Werneck Vianna, Marco Aurélio Nogueira, Luiz Sérgio Henriques, Marcos Del Roio, Milton Lahuerta, Leandro Konder, Edmundo Lima de Arruda Júnior, Giuseppe Staccone, Franco Livorsi, Marcello Montanari, Andrea Spini e Giuseppe Vacca, apenas para citar alguns. A frequência com que se publicam obras e artigos sobre o fundador do Partido Comunista Italiano é visível. Pode-se até dizer que é após Marx, o mais referido autor marxista na cultura contemporânea.

Fixar-nos-emos, especialmente, em sua vida política, naquele momento conturbado entre as duas guerras mundiais, quando procuravam se firmar as principais hegemonias que iriam definir os grandes momentos políticos do século XX.

---

*compreensão e, desta forma, saber (não de uma maneira mecânica, mas vivencialmente), só então a relação é de representação, ocorrendo a troca de elementos individuais entre governantes e governados, entre dirigentes e dirigidos, isto é, realiza-se a vida do conjunto, a única que é força social; cria-se o "bloco histórico" (GRAMSCI, 1995<sup>11</sup>:137).*

<sup>11</sup> Em seminário especial sobre Gramsci, no programa de pós-graduação em Educação (UFSC – mestrado 1997.2), o Prof. Selvino José Assmann lembrava que a filosofia da práxis surge na primeira metade do século XIX, tendo como matrizes a filosofia clássica alemã, a economia clássica inglesa e a tradição utópica francesa. Estes três movimentos teóricos, que interligados constituíram a cultura da época, não podem ser vistos separadamente: movimento teórico/econômico/político. Dentro deste contexto, Karl Marx foi um intérprete moderno das implicações inerentes aos fenômenos sociais. Analisou com propriedade a realidade, conseguindo vislumbrar as necessidades históricas de transformação de seu tempo, colocando os conceitos de ser social, de trabalho, de modo de produção, no centro da discussão, rechaçando toda e qualquer tendência à abstração. A filosofia da práxis surge, assim, como possibilidade de transformar-se em teoria da classe trabalhadora, colocando-a no papel protagonista da transformação histórica, a fim de superar a hegemonia burguesa. Em Gramsci, a filosofia da práxis trata da necessidade de uma reforma intelectual e moral no interior de uma profunda contradição entre cultura popular e alta cultura. Tal movimento somente se efetiva a partir da tomada de consciência das condições históricas que permeiam a construção de uma determinada sociedade. Nesta perspectiva, lhe atribui duas tarefas: combater as ideologias modernas, a fim de poder constituir o próprio grupo de intelectuais, e educar as massas populares, cuja cultura está subsumida àquela concebida como "padrão"

Antonio Gramsci nasceu no sul da Itália, Sardenha, na cidade de Alès, no dia 22 de janeiro de 1891. Foi o quarto filho de uma família de sete, vivendo na simplicidade dos que só dispõem de poucos recursos.

O pequeno Gramsci manteve, desde o início de sua vida, um contato com o sofrimento. Filho de família voltada especialmente para o trabalho no campo, sofreu as mesmas privações materiais que atingiam a maioria dos habitantes do sul da Itália, naquele final de século XIX.

As carências materiais da família, na modesta vida no campo, com privações de toda ordem, marcariam para sempre a sua vida. No entanto, seu sofrimento foi agravado, ainda mais, por um acidente sofrido aos três anos de idade quando despencara dos braços de uma desastrada babá, passando a sofrer, por isso, as consequências de uma doença que o afligia pelo resto da vida.

Toda esta experiência de vida dramática foi moldando, por assim dizer, a forte personalidade do militante e pensador que viveria, na vida adulta, tanto política como pessoal, a experiência de tentar mudar um mundo injusto e excludente, envolto em violências e horrores de toda ordem.

Seu pai, além de lavrador, era um subalterno funcionário público. Transferido com a família para Sòrgono, no ano de 1894, tem a responsabilidade de colocar o filho na escola.

Em 1911, o jovem Antônio Gramsci conclui o liceu e, demonstrando invulgar precocidade intelectual, vence o concurso para obtenção de uma bolsa de estudos em Turim, para onde se transfere para frequentar a Faculdade de Letras.

Nesta cidade, preocupado com a vida social e política da Itália, une-se efetivamente à luta dos trabalhadores para a construção de um Estado Socialista. Este vínculo e compromisso, narram seus biógrafos, marcarão para sempre sua existência política e intelectual.

Aos 22 anos, filia-se ao Partido Socialista Italiano - PSI - , passando a escrever no jornal *IL Grido del Popolo*, inaugurando assim sua vocação jornalística. Em 1915 transfere-se para a redação da seção do jornal socialista *Avanti*, onde sua liderança política começa a ser notada, assumindo, dois anos depois, a elevada função de Secretário da Comissão Executiva Provisória da seção socialista de Turim.

A 1ª Guerra Mundial, vivenciada no solo europeu entre os anos de 1914 e 1918, impõe ao movimento operário, na Itália, uma tomada de posição: ou no sentido de apoiar a guerra, ou no de desaprová-la. A opção foi pela paz ou, pelo menos, contra o ingresso da Itália no conflito bélico.

O militarismo italiano, verificado nesses anos, traz graves consequências à vida nacional, retardando, ainda mais, a construção da democracia e, por conseguinte, deteriorando as condições de vida da classe trabalhadora. Para fazer frente a tudo isso, em agosto de 1917, os operários de Turim levantam-se em armas contra o militarismo reinante na Itália. A experiência foi desastrosa: ao invés de uma aproximação do socialismo, como alguns esperavam e queriam, o resultado foram 500 mortos e mais de 2.000 feridos.

Este resultado é levado em conta pelo pensador e líder socialista na formulação do processo de luta dos trabalhadores, ao mesmo tempo em que se sentiu reconfortado pelo sucesso da revolução bolchevista na Rússia.

Ao lado de outras lideranças socialistas, como Togliatti, Terracini e Tasca, cria um semanário de cultura socialista no ano de 1919, denominado *L'Ordine Nuovo*, que servirá de guia intelectual dos Conselhos de Fábrica que se formavam na ocasião.

Como se pode constatar, a atividade intelectual e política de Gramsci não se limita a uma liderança retórica. Ela é moldada na prática, já que participa, pessoalmente, das ocupações de fábricas, orientando os operários dos Conselhos de Fábrica e simpatizantes socialistas, mas ao mesmo tempo, aprendendo com eles.

Foi nessa condição, lembram COUTINHO e KONDER (1995), que o dirigente máximo do movimento socialista italiano saudou a vitória da revolução bolchevista na Rússia. E é também apoiado nas experiências italianas que se torna um severo crítico de uma parte do

pensamento marxista e da atitude política do PSI. Foi assim que, em janeiro de 1921, lidera, junto com Togliatti, a cisão político-partidária nascida no XII Congresso do PSI, o que constitui a fundação do Partido Comunista Italiano, seção italiana da Internacional Comunista, passando *L'Ordine Nuovo* a ser o jornal oficial do Partido Comunista.

Enviado em 1922 como delegado do PCI, na executiva da Internacional em Moscou, participa ativamente de todos os debates. Ainda em Moscou, por motivo de debilidade física, é internado num sanatório aonde vem a conhecer sua futura esposa, Júlia Schucht.

Retornando para a Europa ocidental em 1923, viaja para Viena, onde tem a missão de administrar os contatos e contratos entre o Partido Comunista italiano e os de outros países. Depois, funda em 1924 *L'Unità*, que substituirá *L'Ordine Nuovo*, como o jornal oficial do partido.

Nesse mesmo ano, aos 33 anos de idade, é eleito em 6 de abril Deputado do Parlamento Italiano, assumindo ainda, dentro do PCI, a importante função de Secretário Geral, circunstância que o levaria a fixar residência em Roma, num quarto alugado.

Assinalam Coutinho e Konder que, em 16 de maio daquele mesmo ano de 1924, Mussolini, eleito Presidente do Conselho de Ministros, encaminha ao Parlamento um projeto de lei visando disciplinar a atividade das associações e institutos:

*Segundo o projeto – dirigido, na ocasião, contra a maçonaria – as associações ou institutos ficavam obrigados a fornecer ao governo qualificações e endereços. Gramsci, então deputado, pronunciou um discurso no qual punha a nu o caráter antidemocrático do projeto e aproveitava para denunciar as manobras fascistas no sentido de implantar no país uma ditadura.*

*O próprio Mussolini, irritado, resolveu apartear o franzino e corajoso deputado marxista, definindo o fascismo como uma 'revolução'. Gramsci retrucou-lhe que o fascismo não era uma revolução, mas uma 'simples substituição de um pessoal*



*administrativo por outro'. 'Só é revolução – acentuou – aquela que se baseia em uma nova classe, o fascismo não se baseia em nenhuma classe que já não esteja no poder'.*

*Mussolini voltou à carga, procurando descaracterizar o conteúdo de classe do fascismo e protestando: 'Grande parte dos capitalistas está contra nós!'. O deputado opositorista não se perturbou, e observou que o fascismo só entrava em choque agudo com os outros partidos e organizações da burguesia (como estava acontecendo com a maçonaria) porque queria estabelecer o monopólio da representação da classe. A atitude do fascismo com relação aos demais partidos burgueses era simples: 'Primeiro lhes quebra as pernas e, depois, faz acordo com eles em condições de evidente superioridade'. . (COUTINHO e KONDER, 1995)*

A clareza com que Gramsci via a realidade, identificando os fenômenos sociais e político de forma organizada, transmitindo às massas os fatos e formulando a partir dela uma teoria, constituiria o verdadeiro sentido da “filosofia da práxis” que mais tarde viria a reavivar e pensar, mais sistematicamente, nos *Cadernos do Cárcere*.

Na atmosfera desta luta política, onde se sedimentavam as bases de sua futura teoria filosófica, Gramsci teve a alegria de ver nascer seu primeiro filho, Délío, com quem, depois, prisioneiro, manterá uma bela correspondência.

No ano de 1925, participa em Moscou dos trabalhos da executiva da Internacional e, em 1926 dirige na cidade de Lyon (França) o III Congresso do PCI.

Na Itália, diante do enfraquecimento do capitalismo, a direita radicaliza-se, sendo o governo italiano tomado pela ditadura fascista de Mussolini. Este destrói a insipiente democracia, dissolve os partidos políticos e cria a lei do desterro. Como todo governo não democrático, cria um tribunal de exceção para julgar seus inimigos políticos e opositores ao regime: o *Tribunal Especial*.

Em novembro desse mesmo ano, não só fatídico para a Itália, mas para o mundo, Antonio Gramsci é preso, a despeito de sua imunidade parlamentar, aguardando

julgamento no presídio *Regina Coeli* de Roma. Três meses antes de sua prisão havia nascido Giuliano, o seu segundo filho, que nunca pôde ver.

Em início de fevereiro de 1927 é conduzido para Milão, onde é realizado o seu primeiro julgamento, sendo levado, em maio de 1928, finalmente, para ser julgado pelo *Tribunal Especial*. No dia 4 de junho daquele ano, é condenado a 20 anos, 4 meses e 5 dias à pena privativa de liberdade, sendo então levado para o Cárcere de Turim, no sul da Itália.

Em 8 de fevereiro de 1929 começa a escrever as primeiras linhas dos *Cadernos do Cárcere*, propondo uma prática política libertária para as classes subalternas, construindo um projeto de modernidade socialista, a tese que transparece em toda a sua trajetória.

Na prisão, cercado por companheiros contrários à sua forma de encaminhar a luta política para a construção de um Estado Socialista, passa a ser tratado de forma hostil. Diante da falta de capacidade de entendimento dos companheiros, que na verdade segregavam-se a si mesmos, fechados nos limites de pensamentos ortodoxos, prefere Gramsci afastar-se deles, refugiando-se na solidão do cárcere, mas buscando um contato mais profundo consigo mesmo, na expectativa de encontrar uma possível solução, não para seus problemas pessoais, mas para os de seu povo, também aprisionado política e civilmente por um governo ditatorial.

As péssimas condições sanitárias impostas aos presos resultam no agravamento de sua saúde, dia após dia. Diante disso, é levado para o Cárcere de Civitavecchia em 1933 e, em 1935, para a clínica romana de *Quisinana*.

Depois de escrever muito, de ler o que podia, de manter uma freqüente correspondência com os seus (a esposa, mas especialmente a cunhada que muito o assistiu na Itália, bem como os filhos, e alguns amigos, como Sraffa), em 1936, sem condições físicas, prostrado pela doença, nada mais consegue escrever. Morre, a 27 de abril, vítima de hemorragia cerebral. Narram os seus biógrafos que poucos dias antes de seu falecimento, Mussolini liberta-o para que sua morte na cadeia não abalasse o prestígio do seu governo.

A breve narrativa na linha do tempo de sua vida serve de pano de fundo para entender a vitalidade de seu pensamento libertário, forjado numa vivência política rica de experiências.

No plano intelectual, é importante notar que Gramsci tinha um entusiasmo meridionalista por Gaetano Salvemini, na mesma medida em que desprezava o positivismo reinante do Partido Socialista Italiano. A este positivismo opôs, não só o idealismo de Benedetto Croce<sup>12</sup>, mas também o atualismo de Giovanni Gentili, o autor de *Filosofia de Marx*.

É o antideterminismo de Croce e sua filosofia de ação que marcam o jovem Gramsci, aquele do famoso artigo de 5 de janeiro de 1918, sob o título *A Revolução contra o Capital*, onde exaltava a força da vontade coletiva dos bolcheviques russos e o *pensamento imanente e vivificante* de Marx contra a esclerose dos *marxistas* que glosam *O Capital*.

Este voluntarismo dos bolcheviques explica a referência a Antonio Labriola e a definição do marxismo como a *filosofia da práxis*, identificando pensamento e ação, filosofia e história.

É, porém, em Gentili que Gramsci se inspira para as concepções educativas. Se o socialismo é uma visão integral da vida, ele necessita de uma ação educativa da classe e para a trabalhadora, onde não se exercite mais o costumeiro despotismo dos intelectuais, mas onde convém assumir uma atitude “socrática” em que, no diálogo, trabalhadores e intelectuais sejam, reciprocamente, mestres e discípulos. Este é o sentido das atividades intelectuais de Gramsci nos anos de 1915 a 1920, quer como jornalista do efêmero “*Grido del Popolo*” e da

---

<sup>12</sup> As indicações sobre Benedetto Croce revelam a importância deste filósofo italiano. De fato, Croce é o intelectual por excelência naquele tempo. De início, Gramsci afirma que em Croce não se deve buscar um problema filosófico geral, mas sim, ver em seu pensamento problemas que interessam ao momento atual. Gramsci refere-se à historiografia de Croce como um renascimento da historiografia da restauração, adaptada às necessidades de seu tempo. Gramsci chegou a escrever que, assim como o hegelianismo fora a premissa da filosofia da práxis no século XIX, nas origens da civilização contemporânea, da mesma forma a filosofia croceana podia ser a premissa para uma retomada da filosofia da práxis em nossos dias, para as nossas gerações. Mas, segundo o próprio Gramsci, esta posição mais tarde teve que ser revista. Aliás, foi como líder de tendências revisionistas que Croce empreendeu a crítica e a liquidação do materialismo histórico (Cf. observações orais de Selvino José Assmann, em Seminário especial sobre a Educação em Gramsci- Pós-graduação em Educação. UFSC - 1998).

edição turinense de “*L'Avanti*”, diário do Partido Socialista italiano, a que já nos referimos, quer como animador ou conferencista do *Clube da Vida Moral*.<sup>13</sup>

Ele se volta assim ao conjunto das correntes socialistas que lhe parecem romper com o reformismo positivista, mas é Georges Sorel um dos seus interlocutores privilegiados. Dele, por exemplo, provém, de algum modo, o conceito de “bloco histórico”. Sorel desprezava as condições objetivas e firmava-se no voluntarismo. Contrário a tais concepções, firmou-se na idéia de que são os partidos e os fatores subjetivos conscientes, os condutores da vontade popular.

*Pois, para Gramsci, bem como para os clássicos do marxismo, o sujeito e o objeto não são senão momentos relativos da práxis, da atividade histórica dos homens. Daí o caráter de imanentismo total que ele vê no marxismo, o que lhe permite superar as falsas polarizações de materialismo e idealismo metafísico e estabelecer o marxismo como a filosofia da práxis.*

*Pois, para Gramsci, como para Antonio Labriola – seu grande predecessor italiano, - o marxismo é uma concepção auto-suficiente do mundo, não necessitando de qualquer filosofia tradicional para servir-lhe de amparo ou muleta. Não nos devemos esquecer que Gramsci fazia esta afirmação em um período no qual ainda estavam acesas as discussões sobre a filosofia que seria mais “adequada” ao marxismo: Plekhanov falava em Spinoza, Kaustski em Darwin, Max Adler em Kant. O marxismo era, então, entendido como uma sociologia, ou uma economia. Labriola, sendo o único a afirmar que era Hegel o precursor mais imediato da filosofia da práxis, sublinha, contudo, o caráter autônomo do marxismo, sua independência em face das filosofias tradicionais.(COUTINHO e KONDER, op.cit. p.5)*

Gramsci, embora seguisse a trilha de Labriola, não pretendia interpretar esta última afirmação no sentido de ver no marxismo uma concepção absolutamente original, mas na herança de Hegel, procurava superar a especulação idealista com a filosofia da práxis, libertando, ao mesmo tempo, o marxismo de elementos metafísicos, sobretudo mecanicistas e

---

<sup>13</sup> Carlos Nelson Coutinho observa que *nessa experiência do “Clube da Vida Moral”, Gramsci revela, ao mesmo tempo, os pontos fortes e as debilidades de sua concepção socialista da época: por um lado, ainda concebe o modo idealista, moralista, os fundamentos da educação e da práxis socialistas (basta recordar que um dos seus principais textos discutidos no “Clube” são as máximas morais do estóico romano Marco-Aurélio); mas, por outro lado, revela uma justa preocupação com os elementos culturais que fazem parte da luta pelo socialismo, o qual não se esgota nas transformações econômicas e política.* (COUTINHO, 1999<sup>a</sup>:20)

economicistas, mas concebendo-o como humanismo absoluto, como historicismo integral, como concepção dialética da história, postulados importantes para a construção da democracia.

Não sendo um intelectual acadêmico, mas um pensador político e militante do PCI, deu início a uma lenta busca de formulação da política socialista, já que não concordava com os métodos adotados pelos dirigentes da Revolução Bolchevista, nem do seu partido, o Partido Socialista Italiano (PSI).

Sua preocupação central não era com a Economia Política, uma vez já desenvolvida por Karl Marx, mas com a política e a cultura.

Embora não se trate aqui de discutir as complexas relações entre as obras de Marx e Lenin com as de Gramsci, basta dizer que este continua o pensamento de Marx, insistindo mais do que Marx na importância da dimensão superestrutural. Com isso vislumbrou uma formulação renovadora e, sobretudo, libertando o marxismo de suas leituras mecanicistas e deterministas, presentes em boa parcela da esquerda de então e na de anos sucessivos. A insistência na formulação de uma teoria política marxista contribuiu para que se passasse a pensar que o socialismo só é possível com e como aprofundamento da democracia, o que é feito sem negar a democracia como meio e fim ao mesmo tempo. Pensamos que os operadores do Direito que se querem críticos, hão de assumir uma definição clara de democracia.

## **1.2 Postulados para a Construção da Democracia em Gramsci e os Novos Atores.**

A proposta defendida pela modernidade é de que o homem abdique da minoridade a favor da maioria, isto é, que eleja a si próprio como responsável por seu próprio destino: *Tenha coragem de usar o seu próprio entendimento!* é o lema da Ilustração, formulado por Kant, no final do século XVIII. Esta formulação também era a modernidade

que Gramsci queria para sua Itália. Neste sentido, pede que primeiro se faça a Reforma Protestante e a Revolução Francesa em seu país.

O conceito de *modernidade*, como se sabe, não é unívoco. Pode ter significações diversas. O termo “moderno” pode servir para distinguir os Estados e as sociedades dos *antigos* e dos *modernos*, como fizeram os pensadores do Renascimento, pode servir para distinguir épocas históricas, como quando se diz: *antiga*, *medieval*, *moderna*. Mas, sobretudo, o termo *modernidade* pode servir para significar o tipo de sociedade ocidental a partir do século XVIII, surgida com o Iluminismo até hoje.

O conceito de modernidade, neste trabalho, será explicitado quando se fizer necessário. Como regra geral, empregaremos a expressão *modernidade*, para expressar a modernidade *contemporânea*, isto é, a partir do Iluminismo e, *modernidade atual*, para o limite temporal deste trabalho, isto é, como termo inicial, a queda do muro de Berlim, (fato que marcou a globalização da economia, o declínio do estado-nação e as grandes migrações populacionais) e, o termo final, os dias atuais.

Gramsci também propõe uma passagem para a maioria política e, para tanto, uma mudança de mentalidade que deve passar por elementos morais e culturais, sendo importante, para que isto ocorra, a contribuição dos intelectuais ligados organicamente às massas.

A experiência deste intelectual, na vida política de seu tempo, reforça sua convicção de que uma sociedade justa e igualitária só será possível com uma reforma das mentalidades reinantes no seio das massas.

Mesmo tendo evoluído (nos Cadernos do Cárcere) para uma visão mais processual de democracia, o trabalho pedagógico e político desenvolvido por Gramsci, já estava presente desde a eleição de setembro de 1919, quando dos primeiros conselhos de fábrica na Fiat, e a partir do movimento de greve em março e abril de 1920, organizado pelos conselhos e apoiados pelo *L'Ordine Nuovo*, mas condenado pelo PSI e pela C.G.I.L., órgão sindical radical.

Quais são os traços essenciais propostos por Gramsci para estes conselhos?

Sua maior preocupação é a construção de uma democracia, que tenha por fundamento a vontade geral de todos os trabalhadores, através do sufrágio universal, direto e secreto, mas isento do corporativismo sindical por parte dos trabalhadores e isento dos mecanismos burocráticos, por parte do Estado, afastando, na medida do possível, as contradições.

Coutinho, como profundo conhecedor de Gramsci, sublinha a atualidade do seu pensamento: *...ele foi intérprete de um mundo que, na essência, continua a ser o nosso mundo de hoje (...) um de seus temas centrais foi o capitalismo do século XX, suas crises e contradições, bem como a morfologia política e social gerada por essa formação social...*(COUTINHO, 1998c:16).

Para COUTINHO (1998c:31), sua vinculação não foi apenas com Marx, Lênin, ou com Maquiavel, mas também com outras figuras, como Rousseau e Hegel. De Rousseau, apresenta um conceito análogo ao de *vontade geral*; de Hegel, recolheu o conceito de *sociedade civil*, mas também a noção de *Estado Ético*, para significar a *sociedade regulada* ou comunista, bem como o conceito de *hegemonia*. A relação hegemônica expressa sempre a prioridade da vontade geral sobre a vontade singular, ou a do interesse comum, sobre a individual.

No plano nacional, propõe a união político-moral das classes subalternas numa democracia política que *tende a far coincidere governanti e governati (nel senso del governo col consenso dei governati)*<sup>14</sup>.(GRAMSCI, 1977:1547/1548).

Mas não uma *coincidência* cega, pois o laço desta união pode ser rompido a qualquer momento se estas vontades conflitam-se. Daí, o alerta de Gramsci de que, os erros do passado e suas loucuras, não obstante terem sido cometidos no passado e terem sido corrigidos em muitos aspectos, podem ainda ser reproduzidos no presente e, em face disto, exige-se sempre a sua correção, mesmo porque *a história é liberdade enquanto é luta entre liberdade e autoridade, entre revolução e conservação, luta na qual a liberdade e a revolução continuamente prevalecem sobre a autoridade e a conservação*. (GRAMSCI, 1995<sup>a</sup>:224).

---

<sup>14</sup> Tradução livre: Tende a fazer coincidir governantes e governados -no sentido do governo do consenso dos governados.

Permitir um sistema de poder para que os operários e as demais classes subalternas, (como a dos camponeses), se tornem a classe dirigente, mas sem a presença de intermediários ou representantes. Este é o verdadeiro sentido de legitimidade desta “maioridade”, que deve revelar uma sociedade socialista.

Neste primeiro período, em Turim, Gramsci propõe que a classe trabalhadora, vista como a verdadeira produtora de riqueza dentro da fábrica, deva ser dirigente e diligente antes de tomar o poder. Para que isto aconteça, a fábrica deve ser transformada em *território nacional do autogoverno operário*, desaparecendo, deste modo, a ruptura entre economia e política.

É necessário entender que Gramsci surge no auge do movimento revolucionário europeu, já consolidada a vitória da Revolução Soviética (1917), mas com o fantasma do fascismo à frente, o qual se apresenta ao povo italiano como uma doutrina social alternativa ao marxismo, além de ser alternativa à crise vivida. Como se sabe, o nazismo e o fascismo se apresentam como “partido nacional-socialista”.

A proposta de Gramsci era de suprir prioritariamente uma carência cultural e, neste sentido, vislumbrou ser o partido político um dos aparelhos culturais, destinado a criar uma nova hegemonia, tendo como alicerce também uma nova cultura. Este foi um dos motivos que o levou, junto a outros companheiros, a romper com o PSI e fundar o Partido Comunista Italiano (PCI). Ao mesmo tempo, pode-se considerar que o baixíssimo nível econômico da classe operária de sua época, quando nem se sonhava com o *Welfare State*, justificava a radicalização da luta de classes a partir da fábrica, esquecendo, por exemplo, outras parcelas da sociedade. Hoje, passado quase setenta anos, não se pode atribuir à classe trabalhadora, ser a única produtora de riquezas, se consideramos que *a permanente revolução tecnológica em que nos encontramos consegue criar riqueza sem criar emprego*. (SANTOS, 1999:49). Mas naquele tempo era diferente.

A proposta de tomada de fábrica já constituía não só uma antecipação do monopólio da produção pela classe operária, antes de chegar ao poder, mas uma forma de fazer com que aprendesse a administrar, posto que não concebia que a nova classe dirigente tivesse somente o monopólio das normas, mas também o monopólio da produção, tal qual ocorria com o Estado Soviético. Sem embargo, convém lembrar que o Estado Soviético havia



retirado dos conselhos de trabalhadores o comando das fábricas repassando-o diretamente ao Partido Comunista. Na negociação, esta perda de poder da classe trabalhadora foi compensada pelo direito de greve. A este respeito Semeraro observa:

*De fato, como se sabe, o Estado – força organizada de determinado grupo social – não se limita a garantir as condições jurídico-formais entre as partes, mas determina também o monopólio da produção. Por isso, Gramsci recusa a separação entre o Estado e a vida econômica, como muitas notas dos Cadernos não cansam de demonstrar. (SEMERARO, 1999:89).*

Gramsci, na ocasião, propunha a tomada de fábrica pelo autogoverno operário, como forma de ser dirigente, isto é, forma de aprender como administrar antes de chegar ao poder, num momento específico da história italiana. A justificativa partia ainda de uma premissa marxista aceita como verdadeira: a classe trabalhadora é a verdadeira produtora de riqueza dentro da fábrica, cabendo-lhe, por isso, o papel histórico de comandar, mas também, por ser a representante universal dos oprimidos.

Ser dirigente antes de chegar ao poder decorria não só da necessidade da classe operária aprender a administrar as fábricas, mas porque, sendo vitoriosa a revolução, seria ela que, de fato e de direito, teria o comando político e o da produção.<sup>15</sup>

Todavia, como se depreende da própria assertiva, a tomada do poder devia ser coincidente com a tomada dos meios de produção, isto é, se a classe operária toma os meios de produção, (a partir da premissa de ter legitimidade para tanto, pois é ela, e não outra, a verdadeira produtora de riquezas) está em condições de ditar as normas jurídicas. Isto lhe daria legitimidade para criar um autogoverno. Criando este autogoverno, estaria também em condições de ditar normas na política. Concentrando em si mesma tanto o poder econômico, quanto o poder político, desaparecería a ruptura entre economia e política.

---

<sup>15</sup> A recomendação de Gramsci para que a classe operária se tornasse dirigente vai de encontro com o pensamento de Lenine que pedia ao proletariado que administrasse, que errasse mais administrasse (isto antes da Revolução de Outubro). Tal recomendação afastava-se do espírito marxista que entendia que a direção deveria caber ao partido, como se verificou na prática mais tarde. Em troca da administração das fábricas o Estado dar-lhe-ia o direito de greve.

Se esta questão na ocasião era uma provável possibilidade na Itália, -a história demonstrou que isto não veio acontecer, tornando-se hoje quase improvável que ocorra, se a classe operária for vista num conceito restrito, isto é, sem considerar a inclusão de outros atores igualmente importantes dentro da sociedade civil, como são os profissionais liberais ou os autônomos, os pequenos e médios empresários, estudantes, professores, etc.

Ademais, estão presentes nos Estados nacionais novos atores com capacidade de compor o elenco de forças que ditam comportamento e impõem-se diante da sociedade política com voz ativa, como as ONGs, movimentos sociais organizados, grupos econômicos internacionais, governos e grupos de pressões internacionais.

Nesse sentido, Boaventura lembra que os Estados nacionais perderam parte de sua força normativa uma vez que surgiram novos atores, com grande capacidade de articulação, neutralizando, em certas questões, o poder coercitivo dos Estados, em cujas regras mesclam-se com *um conjunto híbrido de fluxos, redes e organizações em que se combinam e interpenetram elementos estatais e não estatais, nacionais e globais*. (SANTOS,1999:67).

Devemos contudo considerar que, se de um lado os Estados nacionais perderam parte de sua força normativa pela assunção de novos atores, (que passam a exercer, ao lado do Estado, comandos normativos), por outro a complexidade da vida moderna fez nascer, por interesse geral, a necessidade de mais regulamentações (decorrentes de problemas ambientais, ecológicos, energéticos, bioéticos, saúde pública, segurança, etc.). Desta forma, mais regulamentação nem sempre significa mais poder estatal, especialmente quando se trata de definir e garantir melhor as regras do jogo do novo liberalismo com a inclusão dos novos atores.

A produção de novos direitos, lado a lado com os sistemas jurídicos nacionais não constitui uma novidade histórica. Este fenômeno sempre ocorreu com maior ou menor incidência, em função de todos os processos de globalização ocorridos no passado.

Para Gramsci, a democracia é uma unidade ativa entre governo e povo, mas esta unidade não pode ser caracterizada pelo servilismo da nação, nem por sua obediência cega e pacífica ao governante. Esta regra vale também para as relações internacionais públicas e privadas, especialmente nesta fase histórica de profundas transformações políticas, sociais e

econômicas em que a vontade geral não encontra a devida garantia num Estado enfraquecido, (por ter seu poder dividido). Daí a necessidade que o povo se conscientize que, por ter-se livrado de um tipo de Estado, não esteja se submetido a outro tipo de senhor.

O desenho de Estado que Gramsci contesta é de um Estado representativo que privilegie para si a maior parte dos embates políticos e, por conseguinte, da regulação social. Contesta o Estado cuja relação com a *sociedade civil* seja a de supremacia de um lado e de acatamento reverencial por outro, pois concebia para a sociedade uma nova concepção de vida, na qual devia-se levar em conta a cultura popular ou o *senso comum*, como ponto de partida para, daí para frente, tomar forma mais elaborada ao nível filosófico, até alcançar o *bom senso* determinando-se, assim, a superestrutura política que, por sua vez, deveria influir no social. Só assim uma nova hegemonia poderia alcançar solidez. É no encontro entre o *saber* dos intelectuais e o *sentir* do povo que seria possível *compreender*, e formular uma cultura nova, sólida, resistente a tentações de ceder ao encanto do discurso dominante. A política neoliberal imposta após “Queda do Muro de Berlin” não alterou o predomínio da classe dominante, mas lhe deu outras roupagens.

O que Gramsci não podia prever é que os novos atores, surgidos neste final de século XX, seriam constituídos predominantemente por grupos econômicos sem qualquer compromisso com uma verdadeira hegemonia social.

Neste quadro, o enfraquecimento do Estado não constitui um avanço democrático considerando que a sociedade civil ainda não constitui uma força capaz de uma nova concepção de mundo capaz de reconstruir uma nova hegemonia.

Assim sendo, o papel dos intelectuais orgânicos comprometidos com os avanços sociais continua válido, a despeito do enfraquecimento do Estado, que passou, no pensamento neoliberal, a serrar os próprios galhos em que se encontra sentado, em face de privatização do patrimônio público a favor de restritos segmentos da sociedade, que só se preocupam com a ampliação dos serviços e dos investimentos quando há perspectivas de lucros, nunca levando em conta o interesse social, como bem ou mal o fazia o Estado Providência.

A percepção da nova realidade por parte dos intelectuais continua atual, em face de significativa análise que Gramsci faz a este respeito:

*O elemento popular 'sente', mas nem sempre compreende ou sabe; o elemento intelectual 'sabe', mas nem sempre compreende e, muito menos 'sente'. Os dois extremos são, portanto, por um lado, o pedantismo e o filistinismo, e, por outro, a paixão cega e o sectarismo... O erro do intelectual consiste em acreditar que se possa saber sem compreender e, principalmente, sem sentir e estar apaixonado (não só pelo saber em si, mas também pelo objeto do saber), isto é, em acreditar que o intelectual possa ser um intelectual (e não um mero pedante) mesmo quando distinto e destacado do povo-nação, ou seja, sem sentir as paixões elementares do povo, compreendendo-as e, assim, explicando-as e justificando-as em determinada situação histórica, bem como as relacionando dialeticamente às leis da história, a uma concepção do mundo superior, científica e coerentemente elaborada, que é o 'saber'; não se faz política-histórica sem esta paixão, isto é, sem esta conexão sentimental entre intelectuais e povo-nação. (GRAMSCI, 1995<sup>a</sup>:138-9)*

Por isso, porque os intelectuais só "sabem", mas não "sentem", e o povo só "sente", mas não "sabe", a atitude dos intelectuais e das massas talvez tenha sido a principal preocupação, pois esta é decisiva tanto quando se pensa na conservação da sociedade quanto no caso de um projeto de mudança que se quer ver instaurado. Na definição da relação de forças, o papel do intelectual e a postura da população tornam-se decisivos. Não basta a conquista do poder político se não há a perspectiva clara de desenvolver uma nova cultura social que afaste qualquer forma de dominação, seja pública ou particular.

Neste sentido, Gramsci privilegia o trabalho ideológico atribuindo esta função aos intelectuais singulares e coletivos, como são os partidos políticos, responsáveis pela formação do bloco histórico, ou seja, um bloco intelectual-moral. A nova sociedade que daí surgiria devia constituir um organismo vivo coletivo, cuja organicidade estaria na ligação coesa entre partido, intelectual e massa, sendo a ideologia a argamassa de consolidação dessa organicidade.

Hoje, novos intelectuais, com as mais diversas ideologias, procuram criar, cada um a seu modo, um novo bloco histórico, como ocorre com o aparecimento de novos atores, como organismos internacionais, grupos econômicos, ONGs. etc.. Por outro lado, a sociedade civil parece não se comportar com o mesmo servilismo em relação ao Estado ou seus consortes, especialmente porque, com o aparecimento de novos atores que fizeram enfraquecer o poder do Estado, surgiram também novos atores ligados ao movimento popular, com alguma força capaz de intervir na formação do Direito, visando um novo Estado (Ampliado).

O Estado apresenta-se, todavia, com sua roupagem modificada, em face de presença de interesses divergentes tanto nacionais, como globais e transnacionais, posto que entidades muitas vezes mais ricas e mais poderosas que os próprios estados nacionais, ditam e impõem sua vontade. A falta de maior prontidão dos Estados nas soluções de conflitos possibilitou ainda que entidades mediadoras passassem a participar como competências reguladoras, tanto a nível nacional como internacional.

O vínculo de subordinação entre o povo e nação de que fala Gramsci está hoje, a nosso ver, mais pulverizado e mais complexo, não só pelos novos atores articuladores fora do Estado, seja no âmbito das relações internacionais públicas e privadas, seja no âmbito das relações privadas intestinas. Forma-se uma rede de grande mobilidade social e econômica, cujo quadro, observa Santos, pode causar uma *certa estranheza*.(SANTOS, 1999).

A concepção de Gramsci de que o “Partido” deve substituir o “velho” príncipe, no sentido de formar uma nova hegemonia política, econômica e cultural – tendo em vista os valores humanos emancipatórios capazes de unir todos os homens - decorria do fato de que a politização concentrava-se quase que somente na esfera estatal. Hoje, com a minimização do Estado, foram aumentadas e criadas esferas decisórias não estatais, onde os movimentos sociais não participam, mas vêem-se na verdade, numa constante luta visando garantir direitos já consagrados e hoje ameaçados por esses novos atores

Se pudermos verificar que tudo isto representa uma transformação profunda, se comparada à concepção de Estado dominante no tempo de Gramsci, se podemos verificar que a minimização do Estado nos dias de hoje resultou numa substituição de poderes da mesma

classe, ora concentrados nas mãos de poucos, torna-se imprescindível democratizar a esfera não estatal.

Arruda Jr. tem lembrado que a nova ordem, que inclui a diminuição da importância dos Estados nacionais, implementa e dinamiza novos padrões de acumulação:

*As políticas neoliberais aumentam o fosso entre a modernidade do Norte e a do Sul, a ponto de constatarmos que 16% da população do planeta concentram-se nos países ricos e detém 84% da produção mundial. Por outro lado 75,8% da população do mundo vivem em países pobres, e possui somente 16,9% da riqueza. Graças às políticas do novo liberalismo preparadas no bojo da década perdida (80) chegamos aos anos 90 na situação global mais dramática da história dos últimos quinhentos anos. (ARRUDA JR.1997:17).*

Neste sentido, continua válida a proposta de Gramsci, posto que dá a ênfase necessária para a construção da nova sociedade, propondo uma reforma cultural baseada numa reforma moral e cultural, onde o elemento cultural seja um valor emancipatório, libertário, portanto capaz de unir, senão todos os homens, pelo menos aqueles que sempre viveram na mera dependência ou então em condições de vida bem precárias. Uma vida mais digna para a maioria é, pois, o desafio posto por Gramsci. Para isso, urge que se supere uma concepção de mundo imposta mecanicamente, e se elabore uma nova, no diálogo difícil e tenso, mas necessário, entre intelectuais, singulares e coletivos, com as classes subalternas. Desta maneira é possível pensar no povo como guia de si mesmo.

Esta nova concepção, segundo Gramsci, não se separa do projeto moderno como tal, o da autonomia dos seres humanos. Trata-se de construir uma concepção coerente, consistente, e sustentável na prática, superando o caos e a incoerência com que, em geral, funciona a mentalidade popular. Isto não significa, para Gramsci, que seja facilmente construído um nível de consciência igual em todos, pois sempre haverá quem aderirá a uma nova visão de mundo por acreditar num sentido geral que é proposto com a mesma, e não porque todos irão "saber" com a mesma racionalidade, deixando, portanto, de "sentir". Muitos continuarão "sentindo", e, por isso, a adesão será mais pela fé do que pela razão.

Neste contexto - insistimos - põe-se a tese gramsciana de que se lute para aumentar a autonomia da sociedade civil em relação à sociedade política, para que não se caia na ilusão de pensar que a relação de forças se modificará fácil e rapidamente. Gramsci alerta para o fato de que as mudanças políticas e culturais sempre se dão de forma menos rápida que as mudanças econômicas.

Daí a importância de se construir uma cultura crítica, tomando-se consciência da própria condição humana, daquilo que foi feito das classes subalternas, de como foi construída tal subalternidade, tornando "normal" e universal esta condição. Em síntese, afirma: *Criticar a própria concepção de mundo, portanto, significa torná-la unitária e coerente e elevá-la até o ponto atingido pelo pensamento mundial mais desenvolvido* (GRAMSCI, 1995:12).

Assim, Gramsci insere-se como um construtor da modernidade, propondo que os homens assumam seus próprios destinos, pois como Kant, vê na liberdade, na igualdade e no uso prático da razão, a possibilidade de um projeto de vinculação entre todos os homens.

Há, indubitavelmente, em Gramsci, um projeto emancipatório que obedece critérios e diretrizes bem definidos nos campos político e cultural. Sua proposta emancipatória é, eminentemente, voltada para a ação política, para um despertar de consciências, um convite para que todos saiam da caverna e se tornem governantes, com todos os riscos, conseqüências e dificuldades que isso acarreta.

Partindo-se do pressuposto de que há no mundo diversas filosofias e concepções de mundo, e da constatação de que há um momento em que os grupos sociais fazem uma escolha entre essas concepções de mundo ou de filosofias, define este momento como o da ação política.

Excetuadas as hipóteses de má-fé na escolha, constata que a escolha é de boa-fé e, neste sentido, já de posse dessas concepções, passa o grupo social a se movimentar e agir como um conjunto orgânico.

Esta escolha, no entanto, quando se trata da hegemonia existente, vem eivada de um vício de consentimento, posto que, na hipótese, a escolha da ação política é tomada emprestada de outro grupo que lhes repassa a própria ideologia, e o grupo social aceita por fatores de submissão e subordinação intelectual. Uma vez adotada esta concepção viciada (por vício de consentimento), posto que contrária aos próprios interesses, tem-se, neste caso, que a escolha não é, nem independente e nem autônoma.

Com a adoção da ideologia da classe dominante, a dominada acaba absorvendo seus valores e os reproduzindo, como se próprios fossem. Exemplo atual deste comportamento é o fato de boa parte das camadas excluídas da população brasileira votar em partidos sem compromissos com a classe trabalhadora, mas com aqueles compromissados com o capital.

O trabalho de convidar as massas à *maioridade* é sempre enfatizado por Gramsci, atribuindo tal mister aos *intelectuais orgânicos*, singulares e coletivos, preocupados com a emancipação social. Trata-se de um trabalho cultural e educativo. Assim, deve esclarecer ao grupo social todas as influências que o pensamento filosófico vem sofrendo no decorrer da história e o esforço coletivo que foi necessário para que resultasse no atual modo de pensar.

Neste caminho, propõe que se exponham, claramente, todos os erros e loucuras ocorridas neste processo, alertando, como já nos referimos, que não estão eles descartados para sempre, embora tenham ocorrido no passado, posto que ainda podem ser reproduzidos no presente e, por isso, o alerta para uma atenção constante visando à correção dos desvios.

A preocupação de Gramsci tem como contexto vivo o que aconteceu ou então está em curso: evitar que se repita que, na crise do capitalismo, se caia na barbárie e na submissão vivida sob o fascismo, assim como se trata de evitar que se caminhe para o estalinismo, exatamente em nome do bem do povo. Também estes casos não podem ser entendidos simplesmente a partir do uso da força, mas contando com a adesão forte e às vezes fanática daqueles que predominantemente "sentem" e não "sabem". Igualmente, nestes casos, aderiu-se a uma estatolatria, em vez de trabalhar por uma relativa autonomia da sociedade civil frente ao aparelho do Estado. Ou, no que concerne à dimensão jurídica, em geral acontece a anulação de qualquer garantia dos direitos individuais.



Na sua proposta emancipatória/educativa, Gramsci indaga, por exemplo, qual a idéia que o povo faz da filosofia, concluindo ele mesmo que, uma delas, é a de “*tomar as coisas com filosofia*”. Embora a expressão possa sugerir um convite à reflexão, há nela sobretudo um convite à resignação e à paciência, ou então, um convite a confiar cegamente em algum “salvador da pátria”. Neste mesmo sentido, conforme já assinalou Kant: é tão cômodo ser menor!

Neste processo de construção de uma nova ideologia, em cuja formulação um número crescente de cidadãos participa com uma atitude mais reflexiva, é possível concluir que Gramsci nunca abdica da importância da razão humana.

Ao convidar o grupo para esta reflexão e por conseguinte, para esta conclusão, propõe que a saída seja também racional, embora o consenso em torno de qualquer ideologia, e das decisões políticas, nunca se dê apenas por uma adesão racional.. O convite e o alerta não são para a comoção, para as desinteligências emocionais, mas para a concentração das próprias forças de forma consciente e lúcida. Nesse mister, Gramsci enfatizada a figura do intelectual orgânico, comprometido com a democracia.

A experiência e as lições tiradas por Gramsci no episódio da luta operária contra o militarismo, certamente estão presentes nestas reflexões. Daí a proposta para a “*superação das paixões bestiais e elementares por uma concepção da necessidade que forneça à própria ação uma direção consciente*”.(GRAMSCI, 1995a:16).

É a passagem do “senso comum” para o *bom senso*<sup>16</sup> que, de certa forma, identifica o mesmo fenômeno cultural e político, tornando impossível separar a chamada “filosofia vulgar” da “filosofia científica”. O senso comum e a filosofia vulgar apresentam-se como idéias contraditórias, desagregadas, permanecendo no plano das opiniões, enquanto o bom senso e a filosofia científica indicam idéias coerentes, agregadas e bem concebidas, embora sempre abertas para o seu repensamento.

---

<sup>16</sup> Para Gramsci, “*senso comum*” é a filosofia dos não filósofos, isto é, a concepção do mundo absorvida acriticamente pelos vários ambientes sociais e culturais nos quais se desenvolve a individualidade moral do homem médio. O senso comum não é uma concepção única, idêntica no tempo e no espaço: é o ‘folclore’ da filosofia e, como folclore, apresenta-se em inumeráveis formas; seu traço fundamental e mais característico é o de ser uma concepção (inclusive nos cérebros individuais) desagregada, incoerente, inconsequente, adequada à posição social e cultural de multidões, dos quais ele é a filosofia. (GRAMSCI, 1995<sup>a</sup>).

Uma vez criada a nova cultura, uma vez concebida uma nova concepção de mundo, uma nova filosofia, uma nova ideologia, esta no significado mais alto de concepção de mundo, todas as manifestações decorrentes da nova cultura manifestam-se em atividades práticas em todos os setores da vida social: nas artes, no direito, na economia, em todas as manifestações humanas enfim, sejam individuais ou coletivas.

A partir daí, coloca-se o problema fundamental de toda revolução cultural, de toda nova “religião”, de toda nova “fé”, de toda nova ideologia: o problema de conservar a unidade ideológica de todo o bloco social, cimentado e unificado pela nova ideologia.

O processo para manutenção da hegemonia é tirado das religiões históricas, sobretudo do exemplo da Igreja Católica. Gramsci destaca dois pontos da maior importância: a) a intensa necessidade de unidade doutrinal de todos adeptos do catolicismo e, b) a constante preocupação no sentido de que as elites intelectuais da “massa religiosa” não se destaquem dos demais membros da massa religiosa. O Autor lembra que a força histórica da Igreja Católica foi e é sobretudo a sua unidade ideológica. Esta é a razão principal para a consolidação da visão cristã, na qual nunca se permitiu e permite uma ruptura da unidade. Contudo, inspirado e amparando-se neste exemplo, Gramsci insiste que, ao contrário do que acontece com esta instituição religiosa, que prefere nivelar “por baixo”, uma nova sociedade só será possível se apostar na elevação da cultura dos simples, da massa, para nivelar sempre “por cima”.

Em face de esta constatação, indaga Gramsci: *se um movimento filosófico só merece este nome na medida em que busca desenvolver uma cultura especializada para restritos grupos de intelectuais ou, ao contrário, merece esse nome na medida em que, no trabalho de elaboração de um pensamento superior ao senso comum e cientificamente coerente, jamais se esquece de permanecer em contato com os “simples” e, melhor dizendo, encontram neste contato as fontes dos problemas que devem ser estudados e resolvidos?* (GRAMSCI, 1995a:18).

E conclui: *Só através deste contato é que uma filosofia se torna 'histórica', depura-se dos elementos intelectualistas de natureza individual e se transforma em vida.* (GRAMSCI, 1995a:18).

Para Gramsci, a filosofia há de ser uma atividade *criadora*, pois o mundo exterior é criado pelo pensamento, não podendo, portanto, ser algo que venha de fora para dentro, meramente receptiva ou ordenadora. É o pensamento que modifica a maneira de sentir do maior número de pessoas, em consequência, baseada na própria realidade, que não pode ser pensada sem a presença deste *maior número*.

É criadora *no sentido em que ensina que não existe uma 'realidade' em si mesma, em si e por si, mas apenas em relação histórica com homens que a modificam, etc.* (GRAMSCI, 1995a:34).

Este processo indica que os homens devem estar presentes aos acontecimentos políticos, nesta experiência humana, influenciando e sendo influenciado por ela, numa ação dialética, fundada em fatos concretos e completos, que indiquem saídas e soluções criativas, numa luta que não se restrinja à ação do Estado, mas que recrie o próprio Estado para colocá-lo atualizadamente a serviço de todos.

A sociedade assim concebida é política, porque não é possível uma sociedade que não seja política no sentido da decisão referente à fundação da 'cidade', do estabelecimento das regras para a convivência, da distinção entre o que é comum e compartilhável, e o que é divisível e atribuível exclusivamente a cada um.

A criação de sentido é uma tarefa humana individual, mas também social; é fruto da consciência que podemos ter de nós mesmos, de nossa própria história e da experiência compartilhada, capaz de definir politicamente o que é melhor a partir da síntese entre teoria e prática.

Gramsci analisa também as formas pelas quais a Igreja Católica historicamente vem mantendo a hegemonia, evitando uma ruptura entre a massa dos humildes (os "simplórios") e as elites, o controle contra o pulular de ordens religiosas populares, o

surgimento da Companhia de Jesus como a última ordem religiosa com a Contra-Reforma, a alternativa leiga da Democracia Cristã, concluindo que a *filosofia da práxis* é antitética em relação a esta posição católica.

É antitética porque a religião é intrinsecamente contraditória em relação a si mesma, se assemelhando ao senso comum e ao folclore, fornecendo grande parte da sedimentação ideológica e, antitética em relação à *filosofia da práxis*.

No primeiro sentido, todas as religiões, inclusive a católica, são na verdade uma multidão de religiões, se verificarmos que há um catolicismo dos intelectuais, outro dos pequenos burgueses, outro dos operários urbanos e outro das mulheres, etc.

Há uma preocupação no sentido de que cada uma dessas religiões tenha uma unidade doutrinal e uma unidade entre as várias camadas, de tal forma que a camada dos intelectualmente superiores não se destaque das intelectualmente inferiores.

No segundo sentido, a contradição, da religião com a filosofia da práxis, decorre da própria base, do próprio fundamento e da constituição de uma e de outra. Enquanto a religião tem base metafísica, pois o mundo já foi criado pronto e catalogado e os homens ao nascer já recebem uma cartilha da visão de mundo que deverão adotar, a filosofia da práxis concebe o mundo como um processo, tudo devendo ser estudado, não tendo de antemão uma maneira de conceber e de agir. Neste sentido, os seres humanos fazem a história: só eles dão sentido ao que é, determinam o que seja bem e mal, constroem e desconstroem o sentido que a sua existência tem.

Para Gramsci, apesar de verificar que as religiões possuem uma força aglutinadora da massa oprimida, uma vontade coletiva, uma concepção ativa do mundo da vida e algumas condições para atividades práticas reais, não deixam de preconizar a necessidade de sua superação histórica através da filosofia da práxis.

A filosofia da práxis encontra seu desenvolvimento e aprofundamento na unidade dialética, portanto, nunca definitiva, entre teoria e prática. A respeito disso, Gramsci reclama inclusive da tradição marxista: *subsistem ainda resíduos de mecanicismo, já que se fala da teoria como 'complemento' e 'acessório' da prática, da teoria como serva da prática*

(GRAMSCI, 1995<sup>a</sup>: 21). Ao mesmo tempo, *também a unidade de teoria e prática não é um fato mecânico, mas um devenir histórico...* (ibid.)

Assim, pelo que dissemos, percebe-se que Gramsci mantém-se fiel ao princípio segundo o qual, para promover uma mudança social, há de ter, primeiro, uma boa compreensão do que seja uma visão histórica realista. E a situação dada nunca pode, por si só, engendrar o novo, sem que se esteja atento ao que é, e às reais possibilidades que a mesma oferece. Na história, não há saltos. Há sempre, conservação, permanência, e possibilidade de ruptura, de novidade. Ao mesmo tempo em que *todo ato histórico não pode deixar de ser realizado pelo 'homem coletivo', isto é, ele pressupõe a obtenção de uma unidade 'cultural-social' pela qual uma multiplicidade de vontades desagregadas, com fins heterogêneos, se solidifica na busca de um mesmo fim, sobre a base de uma idêntica e comum concepção do mundo* (GRAMSCI, 1995<sup>a</sup>: 36-7). É por isso que Gramsci sublinha que *somente a filosofia da práxis realizou um passo à frente no pensamento sobre a base da filosofia clássica alemã, evitando qualquer tendência para o solipsismo, historicizando o pensamento na medida em que assume como concepção do mundo, como 'bom senso' difuso na multidão (...) e difuso de tal maneira que possa converter-se em norma ativa de conduta* (ibid.: 33)

Ressalte-se que a *autoconsciência crítica* de um movimento voltado para a construção de uma nova sociedade significa, histórica e politicamente, a criação de uma elite de intelectuais que torne independente a massa humana que, “por si”, não sabe organizar-se:

*...e não existe organização sem intelectuais, isto é, sem organizadores e dirigentes, sem que o aspecto teórico da ligação teórico-prática se distinga concretamente em um estrato de pessoas 'especializadas' na elaboração conceptual e filosófica. Mas este processo de criação dos intelectuais é longo, difícil, cheio de contradições, de avanços e de recuos, de cisões e de agrupamentos; e neste processo, a 'fidelidade' da massa (e a fidelidade e a disciplina são inicialmente a forma que assume a adesão da massa e a sua colaboração no desenvolvimento do fenómeno cultural como um todo) é submetida a duras provas.* (GRAMSCI, 1995a:21/22).

Contudo, isso não significa dificuldade só por parte da "massa". Também os intelectuais serão submetidos a "duras provas", *até porque a adesão ou não das massas a uma*

*ideologia é o modo pelo qual se verifica a crítica real da racionalidade e historicidade dos modos de pensar (ibid:28).*

Sem uma mente crítica, o homem não teria a possibilidade de uma consciência cultural elevada, nem de autocritica de sua realidade física. Se a racionalidade deu início à possibilidade do homem evoluir e alcançar a natureza humana, (do contrário seria guiado simplesmente por impulsos instintivos e emocionais), o espírito crítico, capaz de avaliar sua condição social, dará início à possibilidade de construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais, promovendo o bem de todos.

Antropologicamente o homem vem crescendo mentalmente, na medida que vai transformando seu “senso comum” em “bom senso”, e dialeticamente o “bom senso” consolida-se em outro estágio cultural, tornando-se uma nova forma do “senso comum” que, por sua vez, evolui para o “bom senso”, e assim sucessivamente, da mesma forma que passou do estado de natureza para o estado civil.

Gramsci nega a existência de uma "natureza humana" abstrata, fixa e imutável, pois para ele, como para a tradição marxista em geral, *a natureza humana é o conjunto das relações sociais historicamente determinadas* (GRAMSCI, 1991:9). Historicamente, o homem sai do 'estado de natureza' entendido como *aquele estado anímico que ainda hoje caracteriza as relações internacionais – um estado de guerra permanente, pelo menos potencial*. (BOBBIO, 1991:61). O ponto de chegada é o estado civil: *E a passagem de um a outro se dá mediante acordo, ou conjunto de acordos, o primeiro dos quais, embora tácito, ou implícito, é um ato de não agressão entre indivíduos singulares que queiram abandonar o estado natural*. (BOBBIO, 1991:61).

A teoria contratualista da sociedade, como a de Rousseau, opõe-se à teoria segundo a qual a sociedade nada mais é do que o resultado de um processo evolutivo da primeira substância, seja a matéria, seja o espírito.

A escola naturalista considera a sociedade um organismo vivo. Esta analogia pode ser vista desde Aristóteles, destacando-se ainda autores como Pascal, Vico, Condorcet, etc., tendo Kant considerado a sociedade humana como um grande organismo, tendo seguido esta orientação os hegelianos, e também o positivismo francês de Comte e o evolucionismo de Spencer

Não foram poucos os pensadores que fizeram a analogia da sociedade com a natureza humana, a exemplo de Spinoza que dizia que paixões e razão são naturais no homem, e que isto acontece também no plano social. Gramsci, por sua vez, sendo um iluminista, seu voluntarismo ético lhe permitia atribuir ao sujeito e à paixão (ética da convicção), um papel revolucionário.<sup>17</sup>

Na dimensão individual humana, na medida em que o ser humano se eleva na sua dimensão mental e cultural, mas especialmente ética, contribui proporcionalmente para melhor construir seu projeto de vida de forma saudável, com evidente contribuição à vida social.

Na dimensão social, na medida em que qualitativa e quantitativamente aumenta a consciência intelectual das massas (pela autocrítica, o *bloco intelectual-moral* e a convinda para uma *concepção de vida superior*), na mesma proporção a capacita para um projeto de melhor qualidade de vida.

A filosofia da práxis é assim uma simbiose entre prática e teoria, e entre teoria e prática que resulta numa ação pragmática. Isso não significa subsumir ação no conflito, nem esgota este naquele.

*Mas, quando o 'subalterno' se torna dirigente e responsável pela atividade econômica de massa, o mecanismo revela-se em certo ponto um perigo iminente; opera-se,*

---

<sup>17</sup> Nesse sentido, ARRUDA JR. lembra que: *A vitória de um princípio hegemônico (ético-político) não se dá pela pura superioridade técnica, lógica e racional. A tarefa de quem busca construir a nova hegemonia é, fundamentalmente, compreender as razões pelas quais um projeto de hegemonia é vitorioso ou não. Ou seja, "compreender como um discurso pode capturar as emoções e as práticas das classes que domina" [...] O debate hegemônico não se move, devemos enfatizar, apenas no plano da racionalidade. Mas também no campo da afetividade. Eis aqui uma nova dificuldade da nova racionalidade.* (ARRUDA JR, 1996:58).

então, uma revisão de todo o modo de pensar, já que ocorreu uma modificação no modo de ser social (GRAMSCI, 1995a:23/24).

O subalterno torna-se dirigente, e o que ocorre no microcosmo do social, que é o homem na sua individualidade, pode ocorrer no macrocosmo social, que é o grupo social.

Nesta dimensão, verifica-se desde logo um crescimento valorativo da educação do homem a partir do estado de natureza. Do estado de natureza o homem passa para o estado civil; do estado civil de fase econômico-corporativo, a proposta de Gramsci é no sentido que se avance para um estágio superior, de concepções éticas e políticas mais elevadas. Para este avanço Gramsci atribui aos intelectuais orgânicos um papel preponderante; daí a inclusão, nesta categoria, dos operadores do Direito e, como tais, os magistrados.

### 1.3 Uma Nova Racionalidade para o Magistrado

Cabe notar que, embora Gramsci seja um clássico da política, com idéias para a construção de um novo modelo de sociedade, preocupou-se muitas vezes com o Direito em si, visto por dentro, como elemento de transformação, como expresso nos *Cadernos do Cárcere*: “...assorbimento del diritto e dello Stato nella società civile” (Q.C. 937); “eticità del diritto e dello Stato” (Q.C.937, 978, 1507-71); “funzione del diritto nella formazione nell’alto medioevo” (Q.C. 361-71); “funzione del diritto per l’educazione delle masse” (Q. C. 757,773-74, 972, 1566); “funzione dell’opinione pubblica nella nuova concezione del diritto” (Q.C. 1561); “materialismo storico e riforma del diritto penale” (Q.C. (100-1), 1888-89, (1065) – 1474-75, 1321); “ripristino della tortura e attenuazione del rinnovamento del diritto processuale moderno”<sup>18</sup> “(1888-89)”.

Há, de se destacar a referência que faz a artigo de Raffaele Garofalo, a propósito da necessidade da independência da magistratura frente ao poder executivo, o que

---

<sup>18</sup> Tradução livre: “absorção do direito e do Estado na sociedade civil”, “eticidade do direito e do Estado”, “função do direito na formação da alta Idade Média”, “função do direito para a educação das massas”, “função



demonstra sua preocupação não só com a estrutura do Estado, mas com a importância que dá a uma magistratura independente, como garantia da ordem democrática:

§ (126). 1922. *Articoli del senatore Raffaele Garofalo, alto magistrato di Cassazione, sull'<Epoca> di Roma a proposito della dipendenza della magistratura dal potere esecutivo e della giustizia amministrata con le circolari. Ma è specialmente interessante l'ordine di ragioni con cui il Garoffalo sosteneva la necessità immediata di rendere indipendente la magistratura.*(GRAMSCI, Q.C. 1077:115)<sup>19</sup>.

Em nossa dissertação não partiremos de uma análise teórica propriamente dita sobre como conceituamos “Poder Judiciário”, e de alguma forma, por extensão, a administração da Justiça em uma sociedade de classes. Um texto marcante nesse sentido é o de nosso orientador, sob o título: “Perfil Sociológico do Judiciário no Brasil: ou dos Limites e Alcance da Justiça de Classe sob o Liberalismo – Legalismo numa Sociedade Periférica”.

Partimos dos pressupostos desses trabalhos que, de certa forma inspiraram outros, inclusive norteando os pesquisadores da equipe do orientador da presente dissertação.

Refiro-me, precisamente, a duas dissertações de grande qualidade intelectual sobre o Poder Judiciário Brasileiro, que foram defendidas e aprovadas no CPGD/UFSC, sendo, no ano de 1994, a dissertação de Rafael Damasceno Ferreira e Silva<sup>20</sup> e, em 1999, a de Magda Biavaschi<sup>21</sup>.

A primeira, dando uma original contribuição marxista à análise do Direito, aprofunda a reflexão sobre o Poder Judiciário e a questão da hegemonia, inspirada em textos clássicos da literatura marxista, e, em especial, de Poulantzas e Gramsci, com estudo empírico sobre a magistratura alternativa do Rio Grande do Sul.

---

da opinião pública na nova concepção do direito”, “materialismo histórico e reforma do direito penal”, “volta da tortura e atenuação da renovação do direito processual moderno”.

<sup>19</sup> Tradução livre: “Artigos do senador Raffaele Garofalo, alto magistrato de Cassação, em Época de Roma, a respeito da dependência da magistratura em relação ao poder executivo e da justiça administrada com as circulares Mas é especialmente interessante a ordem de motivos com que Garofalo defendia a necessidade imediata de tornar independente a magistratura.”

<sup>20</sup> SILVA, Rafael Damasceno Ferreira e Silva. Poder Judiciário e Hegemonia: O Caso dos Magistrados Alternativos do Rio Grande do Sul. Florianópolis:CPGD/UFSC 1995.

A segunda é uma refinada tese gramsciana sobre o papel do Poder Judiciário numa sociedade de classes dentro dos paradoxos da modernidade e, em particular, da magistratura trabalhista gaúcha no cenário das lutas corporativas mais avançadas.

Não há dúvida sobre a importância do trabalho de Rafael Damasceno na conceituação não economicista do Direito, o que significa um afastamento de Pashukanis e uma aproximação do Direito como co-constituente da luta de classes, esfera que reproduz interesses econômicos mas não se subsume a reprodução do Capital enquanto trocas de mercadorias. O Direito expressa uma condensação de forças políticas do próprio caráter do Estado.

Rafael Damasceno Ferreira e Silva, ao desenvolver a crítica do Direito, não o faz nos limites de uma teoria pura ou na perspectiva interna da “Teoria Geral do Direito”. Seguindo a esteira de ARRUDA JR, não compreende o fenômeno jurídico isolado de seu contexto histórico específico, motivo pelo qual trabalha com uma abordagem social *crítica e dialética*, possibilitando compreender o sentido político-social das práticas judiciais enquanto teoria social.

O pensamento crítico que apresenta é dialético no sentido da tradição marxista. Por isso, assume o caráter transitório e histórico da própria doutrina crítica, compreendendo-a numa dimensão contextulizada e atualizada.

Filiando-se no pensamento marxista historicista, (que não teme aplicar a dialética materialista a si próprio, sem cair no reducionismo de concepções positivistas ou economicistas, ou ainda no relativismo afirmador da absoluta arbitrariedade do pensamento), coloca em sua análise dialética nas relações sociais construídas pela práxis humana, desprezando o esquema hegeliano das “idéias”.

Neste sentido, procurando afastar-se daquelas interpretações redutoras, parte da análise de como a realidade social pode ser compreendida no âmbito da *sociologia do conflito*, vislumbrando, a partir daí, a possibilidade de uma re-construção do direito enquanto espaço de lutas sociais, portanto percebendo-o como instância de mudança social.

---

<sup>21</sup> BIAVASCHI, Magda Barros. Magistratura e Transformação Social: As Teses Coletivas dos Juízes Gaúchos.

A cristalização do Direito positivo na sociedade burguesa quase sempre representa a cristalização do poder da classe dominante que a representa, como se verá no segundo capítulo.

Assim, o Direito sempre representou o próprio discurso do poder e da opressão, o discurso dos que mandam. No campo dos que obedecem, historicamente, jogam, silenciosos ou não, o movimento operário e todos os segmentos dos que trabalham e até mesmo os excluídos. Na visão marxista, o Direito é tanto ideologia como relação de poder, vale dizer, a instância jurídica é o espaço privilegiado da classe dominante.

Rafael Damasceno enfatiza de forma clara em sua pesquisa, que *Há uma tensão, também, presente entre a compreensão do Direito na sua especificidade e autonomia relativa em relação à base e as instâncias políticas e ideológicas, e a vontade da classe dominante (onde, nesta autonomia, estabelecido o seu alcance e medida, pode-se abrir brechas para uma luta contra hegemônica), e a compreensão do Direito enquanto emanção do poder de classe, mais diretamente.* (RAFAEL DAMASCENO, 1995:49).

Com apoio na linha de pensamento de Lyra Filho na crítica às concepções positivistas e naturalistas, inclusive presente nas obras de Marx, enfatiza que, se de um lado o Direito é historicamente dominação de classe, também historicamente é uma construção ligada às lutas sociais. Desta forma, o fenômeno jurídico pode ser visto como dialética entre dominação/libertação, enquanto devenir histórico.

Ao chamar a atenção para a ideologia de que o Poder Judiciário é um poder apolítico, que deve dizer o direito somente de forma técnica, mostra quanto os detentores do poder monopolizam (através dos Poderes Legislativo e Executivo) a prerrogativa de intérpretes únicos da vontade da lei, neutralizando assim o verdadeiro papel do Judiciário de protagonista das resoluções dos conflitos sociais.

Ao atribuírem ao Poder Judiciário a função de mero intérprete da vontade da lei, sem poder de dar atenção e solução mais profunda aos conflitos travados no seio da sociedade, pretende-se, em última instância, desconfirmar a sociedade como a fonte legítima e permanente do poder. Ao engessar a lei nos estreitos parâmetros de uma legalidade

parlamentar, a sociedade perde a garantia de suas conquistas, tornando a criatura (Estado), maior que seu criador (a soberania popular).

A instância jurídica é mais um lugar de produção do Direito, (visto este como um sistema de regras), a par de outras instâncias, como o parlamento, as lutas sociais, etc., passando a ordem jurídica a ser o resultado de uma produção pluralista na expressão de MIAILLE.<sup>22</sup>

As lutas políticas encontram-se também na arena do Judiciário. Embora sua eficácia tenha sido subestimada pelos marxistas ao atribuírem mais valor à luta armada, esta postura acabou por distanciar a *prática política* da *ortodoxia jurídica*, circunstância que oportunizou que a burguesia ressaltasse a necessidade de distanciar a Política do Direito, como tem destacado Barcelona e Coturri<sup>23</sup>, citados por Rafael Damasceno.

Devemos ressaltar que o Poder Judiciário, sendo um órgão para onde convergem todos os conflitos de interesses numa sociedade democrática, é um mecanismo de ordem natural que atualiza, tal como um Poder Constituinte permanente, as regras para a vida social, mas no sentido *jurídico-político*, num mundo de heterogeneidades extraordinárias e de interesses extraordinariamente divergentes.

Nesse sentido, os interesses antagônicos não se limitam aos particulares entre si, mas entre entidades políticas, entre entidades públicas (partidos, entidades de classe, etc.) e Estado, como entre Estado e particulares, etc, cujas soluções nem sempre são puramente jurídicas, mesmo porque a lei positiva é incapaz de regular todos os fatos da vida em sociedade.

A soberania popular, (a *vontade geral* de que fala Rousseau) não se confunde com a vontade da autoridade pública ou com a vontade do poder político instalado para administrar a Nação num certo período de tempo, já que Executivo e Legislativo são aspectos peculiares da autoridade do Estado, cuja tendência é o monopólio do poder.

Dai a divisão tríptica do Estado que resulta, assim, da necessidade de se evitar o monopólio político do poder ou o poder absoluto do Estado. Entre gregos e romanos não se

---

<sup>22</sup> MIAILLE, Michel. Introdução Crítica ao Direito. 2ª.ed. Lisboa: Editorial Estampa. 1989, pág. 84.

colocava o problema da soberania, porque a suprema soberania era do Estado. O Estado era o soberano, não o povo.

Nos Estados democráticos, a boa organização do poder é que todos tenham nele participação, pelo menos para que fiquem salvos das injustiças, garantam os direitos humanos e o bem comum. É no Judiciário que tais garantias devem ficar asseguradas, não como liberdade de exercício, mas como exercício de liberdade, ou pelo menos, como mais uma instância jurídica de transformação do Direito.

Rafael Damasceno, amparado em renomados autores, mas especialmente em Poulantzas, conclui em suma que é na lei, enquanto expressão de hegemonia da classe dominante, que as classes dominadas encontram, ao mesmo tempo, uma barreira de exclusão e a determinação do lugar que devem ocupar (na expressão de Poulantzas) por parte do sistema sócio-político vigente e, igualmente, um espaço de lutas, onde este lugar deve ser ocupado na medida em que *é também lugar de inserção na rede político-social, criadora de deveres-obrigações e também de direitos, lugar cuja posse imaginária tem consequências reais sobre os agentes*.<sup>24</sup>

E conclui:

*Isto porque a lei, enquanto espaço de hegemonia, também sanciona direitos reais das classes oprimidas; e é espaço a ser alargado, ampliado, ao mesmo tempo que questionado, enquanto guerra de posição no espaço jurídico-político, como chama atenção Arruda Jr:*

*“...se guerra de posição significa busca de hegemonia e, se esta significa, para Gramsci, contra-hegemonia, então a luta por novas superestruturas político-jurídicas é uma condição para uma nova sociedade. Hegemonia como revolução antipassiva, condição para a construção da democracia real”*<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> BARCELONA, Pietro. COTURRI, Giuseppe. El Estado y los Juristas. Barcelona: Fontanella, 1976. p. 259.

<sup>24</sup> POULANTZAS, Nico. O Estado, o Poder, o Socialismo. 3ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1990, p.94.

<sup>25</sup> ARRUDA JR, Edmundo Lima de. Razão e Racionalidade Jurídica. São Paulo: Acadêmica. 1994. p.359.

A conclusão de Rafael Damasceno é que o Direito interessa, na medida em que importa conhecê-lo e transformá-lo, enquanto parte do projeto de transformação global da sociedade.

Também temos por certa a tese de Magda Biavaschi sobre o caráter ambíguo da modernidade e dos juristas considerados enquanto intelectuais, no sentido mais amplo empregado por Gramsci. O Direito é uma contraface da modernidade possível, não se esgotando na modernidade (modernização) capitalista, mormente se considerarmos a situação histórica das formações sociais periféricas, como a brasileira, na qual os conceitos de Estado e Direito ainda se encontram profundamente obliterados pela indefinição que a acumulação sem precedentes – a neoliberal – atesta, impossibilitando uma maior definição dos códigos lícito/ilícito, dentro da qual os *intelectuais orgânicos* de emancipação têm um papel importante na afirmação democrática, a começar pela luta, enquanto operadores jurídicos e cidadãos, pela defesa da Constituição.

Magda Barros Biavaschi lembra em sua dissertação de mestrado, “*Magistratura e transformação social: As teses coletivas dos juízes gaúchos*”,<sup>26</sup> que foi com Gramsci que a *teoria ampliada do Estado* recebeu formulação sistemática, tendo Poulantzas daí partido para construir a teoria relacional do poder através de sua obra<sup>27</sup> O Estado, o poder e o socialismo, onde complementa os modelos selecionados.

Com categorias gramscianas, como *intelectual orgânico* e *guerra de posição* e nas reflexões de Poulantzas acerca do Estado, entendido aqui como *relação*, possibilita a compreensão do papel do magistrado como agente político, portanto transformador da sociedade (como a brasileira) rumo à construção da democracia, como valor universal.

Ingada da possibilidade do juiz atuar, de forma válida e eficaz, fora dos limites do estritamente normatizado, mas como agente transformador que incide sobre o fato social, numa sociedade periférica como a brasileira.

Para solucionar esta problemática, lembra que o juiz é, antes, um cidadão e, como tal, já ocupa um espaço grande nesta trajetória. Em seguida, resalta, amparada em

---

<sup>26</sup> BIAVASCHI, Magda Barros. *Magistratura e transformação social: as teses coletivas dos juízes gaúchos*. 1998. Florianópolis: CPGD/UFSC.

<sup>27</sup> POULANTZAS, Nico. *O Estado, o poder e o socialismo*. Op. Cit.

Agostinho Ramalho, que o lugar do juiz deve ser ocupado por um ser humano, antes de ser juiz. Nestas dimensões, o magistrado torna-se apto a compreender e preocupar-se de forma mais acentuada pelas coisas humanas. Mas esta possibilidade precisa ser reconstruída através de uma nova racionalidade normativa, própria do Estado Moderno.

Nesse sentido, vê nos *movimentos sociais* e nos *protestos de rua* o lugar simbólico de expressão da *vontade coletiva*, posto que é também aí que se canalizam as vontades individuais e solitárias para uma dimensão maior, que é a construção do próprio destino.

Magda Barros Biavaschi em sua dissertação trás as formulações gramscianas sobre o Estado, (atualizadas pelo último Poulantzas), em *L'Etat, le pouvoir, le socialisme*, livro editado na França em 1978 e reeditado no Brasil, em língua portuguesa em 1980 pela Graal.

Poulantzas recusa no final de sua vida a aceitar certos dogmas do marxismo, assumindo uma visão dialética que percebe as tensões e contradições próprias do mundo contemporâneo, preocupando-se com uma práxis socialista comprometida com o desenvolvimento e a conquista real da liberdade.

Ao enfrentar o problema do socialismo e da democracia, permite-se chegar a um nível de reflexão teórica, visando atender as exigências de um agir comprometido com uma prática transformadora, apresentando um substrato possível de uma universalização presumida, sem desprezar as peculiaridades das particularidades em disputa.

Ao apresentar o Estado sob outro paradigma, ou seja, o *Estado como Relação*, viabiliza uma nova estratégia para a *guerra de posição* proposta por Gramsci.

O Estado, neste novo conceito, não é um bloco monolítico, o castelo da classe dominante, mas uma composição complexa de composição e relação de poder, uma verdadeira arena da luta de classes, que uma vez composta, desemboca numa condensação material de relação de forças entre classes e frações de classe.

Ao visualizar assim o Estado, em seu seio, é possível uma compreensão de seu funcionamento dentro de uma abordagem dialética e perceber que sua autonomia é sempre relativa em face de este ou aquele bloco ou fração de bloco no poder.

O poder não é mais visto como uma qualidade imanente do Estado. O lugar de cada classe é delimitado pelos lugares ocupados por outras, em função das posições estratégicas de cada uma em relação às dos adversários, formando nichos que encaminham ações políticas concretas, sempre visando superar ou desbancar os nichos adversários.

Assim compreendido o Estado, em cuja composição é possível vislumbrar também certas entidades éticas, torna-se possível reconhecer as tensões, conflitos e refluxos que são próprios de um movimento não linear.

A superação de uma visão meramente instrumentalista do Estado, como bloco monolítico e sem fissuras, por uma visão de *Estado como Relação*, que espelha as contradições de classe e, portanto de divisões internas entre o seu pessoal, torna possível, considerados os nichos e fissuras nele existente, operar com movimentos contra-hegemônicos.

Para Poulantzas, o Estadismo autoritário não significa um fortalecimento unívoco do Estado, mas pelo contrário, provoca uma tensão fortalecimento/enfraquecimento, pois ao submeter às massas num sistema de dominação de poder, provoca uma reação através das lutas populares que, uma vez conscientes de sua força, desencadeiam uma verdadeira explosão de exigências por democracia.

O caminho contra-hegemônico visa, assim, superar os conhecidos limites de uma democracia representativa através de lutas que abram caminhos aptos a conquistas de radical democracia, com liberdades reais, de forma que amplie o poder e a capacidade de participação ativa dos cidadãos, seja por formas de representação indireta, seja através dos movimentos sociais.

Novos espaços de luta e de participação popular, a par de novas formas de participação indireta, possibilitariam a constituição de redes de solidariedade e de conquista de dignidade a mais cidadãos, modelos estes que se tornariam mais aptos quando construídos de forma articulada e não justaposta.



Referindo-se a Carlos Nelson Coutinho lembra que no atual nível da sociedade brasileira e visando sintetizar dialeticamente pluralismo e hegemonia, propõe-se uma articulação entre os organismos populares de democracia de base (constituídos de baixo para cima) e os mecanismos tradicionais de representação indireta (como os parlamentos). Assim, estes novos contornos, passariam a ser o *locus* da síntese política das demandas dos novos sujeitos coletivos e a instância institucional necessária da expressão da hegemonia negociada. (BIAVASCHI, 1998:119).

A estratégia proposta de Tarso Genro é no sentido de desafiar o isolamento e a fragmentação da sociedade, reivindicando cultura e ação políticas capazes de restabelecer os laços do cotidiano com a história. Neste sentido, os focos de conflitividade devem encaminhar exigências ao Estado, no sentido que haja um controle do cidadão sobre o Estado e do Estado sobre o cidadão, cujos limites marcam os extremos da questão da democracia. A proposta é no sentido de que:

*Só estas lutas que unem os dispersos podem restabelecer este vínculo e novamente comover o imaginário popular. São as lutas que reduzem o potencial exclusivista do corporativismo e propõem uma nova cidadania transgressora dos limites formais da velha cidadania burguesa e proponente de novas formas de legitimidade.*<sup>28</sup>

A co-gestão administrativa Sociedade Política e Sociedade Civil constituiria um novo senso comum na forma do Estado relacionar-se com o cidadão.

Neste novo contexto, abre-se mais uma instância de luta aos operadores jurídicos e às instituições jurídico-políticas na luta pela construção da democracia, mas sem a desigualdade como fundante.

Isto não impede que se entenda que o processo de radical democratização da sociedade passa, não apenas pelo diálogo com os movimentos de autogestões, mas também pela oxigenação do próprio aparelho do Estado (em seu sentido estrito).

A posição do novo Poulantzas é o de admitir claramente a estratégia de *guerra de posição* no interior da sociedade política em sentido estrito.

Delineados os espaços de atuação no interior e fora do Estado, é possível delinear: a) uma *gestação* de um movimento contra-hegemônico dentro do próprio Estado e, b) uma *cooptação*. (Biavaschi dá razão a Coutinho quando sustenta que a articulação dentro do Estado visa gestar movimentos contra-hegemônicos aptos à modificação do bloco histórico, mas eficazes desde que apoiados por movimentos sociais significativos).

Biavaschi apresenta os três tipos-ideais apontados por Arruda Jr como práticas jurídicas transformadoras subsumidas na estratégia de guerra de posição:

- a) *legalidade sonogada* – plano do instituído-sonogado – que corresponde ao nível da cobrança, por parte dos operadores jurídicos (incluídos os magistrados) comprometidos com o projeto de reconstrução democrática, pela efetividade de normas incorporadas pelo sistema jurídico, a começar pela Constituição Federal, e pela realização dos princípios que recepcionam. Trata-se de luta atualíssima, em especial se considerado o modelo neoliberal adotado pelo governo brasileiro que, informado pelo princípio do mercado auto-regulador, tem importado flexibilização e desregulamentação de direitos conquistados e incorporados em textos legais. Não circunscritas ao plano constitucional, envolve a busca de efetividade do sistema normativo infraconstitucional, no sentido (re)definidor do direito positivo;
- b) *legalidade relida* – plano do instituto relido – que corresponde ao nível da releitura hermenêutica; campo de combate rumo à consecução da efetividade das normas constitucionais e infra-constitucionais. Tendo como referência primeira – mas desde logo extrapolando – o plano da legalidade sonogada, amplia as possibilidades de ações concretas que busquem homogeneizar posturas políticas transformadoras, (citando-se como exemplo, muitas das ações da AMATRA IV e da AJURIS) {...} ;
- c) *legalidade negada* – plano do instituto negado – nível das lutas não institucionalizadas, como o movimento dos sem-terras e dos sem-tetos, e de

---

<sup>28</sup> GENRO, Tarso; ALONSO, José Fialho. Brasil barato elites caras. Folha de São Paulo, 04 jun. 96, p.1-3 (apud BIAVASCHI, op. Cit. P.119).

*outyros tantos excluídos não barcados pelo direito formal tradicional.*  
(BIAVASCHI, 1998:12/123).

Após apontar para as lutas a serem travadas no sentido de se garantir os direitos já assegurados, a exemplo do Direito do Trabalho, aponta para as possibilidades transformadoras do direito, permeadas por iniciativas da sociedade civil.

Nessa trajetória, destaca o papel relevante dos *intelectuais* que se identificam com projetos e ações concretas que visam a superar a ordem da (des)ordem de uma modernidade periférica, posto que voltados à constituição de um novo senso comum, internalizando novos princípios jurídicos, *intelectuais orgânicos coletivos*: associações, sindicatos, partidos políticos, entidades representativas dos magistrados – enquanto implicados no processo de construção da democracia e no cumprimento das promessas de liberdade, igualdade e solidariedade.

Todavia, devemos assinalar que a indefinição de nossa realidade brasileira em razão dos códigos do lícito/ilícito não deve ser considerada um óbice fundamental, quando se conhece a concepção ou o conceito de um Estado de Direito clássico, como o das democracias que mais se aproximaram dos ideais do iluminismo, (Alemanha, Suíça, França, Canadá, Estados Unidos, etc.) e que devem servir de exemplo, mormente quando é possível alcançar uma sociedade internacional, que defenda o interesse de todos para o bem comum.<sup>29</sup>

Não estamos nos referindo a uma *pax romana*, nem da tão proclamada globalização que privilegia o capital internacional e, por conseguinte o totalitarismo internacional, mas a uma *pax* cujos códigos do lícito/ilícito tenham por base o acordo equitativo entre os povos, posto que no atual estágio da civilização, nenhum país poderá alcançar pleno desenvolvimento social, econômico e político sem um acordo entre os povos. Mas não é só isso. São inúmeros os fatores que determinam que uma realidade seja como ela é, mesmo porque a ciência tem demonstrado que nada é definitivo, posto que ela mesma seja

---

<sup>29</sup> Para Kant, a paz só se perfaz mediante um direito internacional e um direito cosmopolita. A paz é coexistência à idéia de uma humanidade civilizada, consolidada e fortalecida nos Direitos Humanos, vivendo numa certa ordem jurídica de Estado Democrático e fundada sobre os princípios da liberdade, dependência de uma legislação comum e de igualdade entre os cidadãos. Leia-se a respeito Kant e a instituição da paz. Coordenação: Valério Rohden. 1997. Porto Alegre: Editora da Universidade UFRS.

relativa. Mas um fator preponderante num determinado momento pode modificar-se se sofrer a combinação com outros fatores.

O fator econômico, por exemplo, que Fukuiama atribui ser preponderante para a evolução dos países modernos, torna-se insubsistente se não forem levados em conta outros fatores como cultura popular, consciência política, ideologias colonialistas, corrupção, tradição, terrorismo, ação política e até mesmos fatores naturais, todos servem para explicar as causas da realidade brasileira, cujo Estado tem sido governado sucessivamente por políticos menores, despidos muitos deles de espírito público.

Dentro de seu projeto de construção de uma nova sociedade, Gramsci assinala que a classe dirigente utiliza-se do Direito como elemento de continuidade e que tende a criar uma tradição no sentido ativo, e em constante desenvolvimento; mantendo a elite dirigente homogênea de um lado e, por outro, um conformismo das massas em relação ao grupo dirigente.

A atualização de Gramsci por Poulantzas, através das duas dissertações, especialmente a concepção de Estado como *Relação* e a idéia de *sociologia do conflito* abrem a possibilidade de um melhor entendimento do processo histórico, mas especialmente para o enfoque de um pensamento crítico na atuação da magistratura e de seu papel na democracia.

Embora não haja uma tradição de ensino acrítico nas faculdades de direito, que reproduz a ideologia do direito vigente, como racional, necessário, definitivo e dogmático, (enfoque observado em monografias pobres, limitadas às *receitas* e com uma fundamentação teórica insuficiente e muitas vezes inconsistente), a crítica à visão exclusivamente instrumental do Direito não pode ser reduzida à sua negação, posto que competência técnica e competência política não são contrapostas, mas se exigem reciprocamente.

Basta lembrar que a margem da ação política tem as mesmas origens do direito no que tange à sua motivação e também ao seu fim - a regulamentação racional dos conflitos sociais: *E é justamente aqui que reside a tarefa genuína da política, que Kant de maneira nenhuma compromete enquanto: "doutrina exercitante do direito" apenas com os princípios a priori do direito, mas simultaneamente com situações empíricas de problemas, e com isso sempre também em condições históricas. Disso segue por força da lógica que uma política*

*concebida como “teoria exercitante do direito” não pode prescindir nem da prudência nem da faculdade do juízo, se ela deve poder dar conta da tarefa de uma reforma permanente, consentânea com a sua vocação íntima {innere Bestimmung}.*<sup>30</sup>

Assim sendo, se não forem articulados, didaticamente falando, as dimensões técnicas e humanas da política, o resultado disso é a formação de profissionais acríticos (*intelectuais tradicionais*), dependentes do *status quo*, portanto, com visões limitadas, sem o sentido emancipatório.

Daí a importância de que as reflexões jurídicas partam do compromisso com a transformação social no sentido de que a prática futura leve os operadores do direito a uma radicalização da democracia, como os enfoques acima referidos por Poulantzas, atualizando Gramsci, e entre nós por Coutinho, Arruda Jr, Wolkmer, e tantos outros intelectuais cujas referências demonstram o caminho da presente dissertação.

*Não se pode deixar de chamar a atenção para o divórcio entre os reclamos mais imediatos das camadas populares do campo e das cidades e o proselitismo acrítico dos profissionais da lei que, valendo-se de um intelectualismo alienígena, inspirado em princípios advindos da cultura inglesa, francesa ou alemã, ocultavam, sob o manto da neutralidade e da moderação política, a institucionalidade de um espaço marcado por privilégios econômicos e por profundas desigualdades sociais. (...) Os princípios liberais conferiram legitimidade à idealização de mundo transposta no discurso e no comportamento desses bacharéis. De fato, ainda que não tenha sido o único, foi, no entanto, o liberalismo, em diferentes matizes, a grande bandeira ideológica ensinada e defendida no interior das academias jurídicas.*(WOLKMER, 1995:10/11).

Os operadores do direito podem encontrar, a nosso ver, na advertência de Wolkmer, que segue a esteira de Roberto Lyra Filho<sup>31</sup>, um alerta contra todos os processos

<sup>30</sup> GERHARDT, Volker. Uma teoria crítica da política sobre o projeto Kantiano à paz perpétua. Tradutor: Peter Naumann. Apud Kant e a instituição da paz. Coordenador: Valério Ronden. 1997. Porto Alegre: Editora da UFRS, p.39-57.

<sup>31</sup> Referimo-nos ao livro: LYRA FILHO, Roberto. O que é Direito. São Paulo: Brasiliense. 1980.

legais de conformismo e de submissão das massas em relação às classes dirigentes, enquanto se verifique o divórcio entre as vontades destas com o daquelas.

Daí a importância do pensamento de Gramsci para ampliar e radicalizar a democracia em todos os setores, especialmente dando maior atenção aos que servem de “massa de manobra”, o que explica porque todo seu esforço intelectual está, de fato, voltado para a definição de rumos de uma base teórica da educação das massas, de forma que seja possível, através dela, a construção de uma nova ordem jurídica, social e econômica mais justa, na medida que novos estágios de consciência política das massas possibilitem ações tendentes a finalidades previamente estabelecidas, planejadas e executadas.

A solução mais primária que tem subsistido nos países em desenvolvimento é a da submissão de parcela da sociedade em favor de outra, que privilegia os próprios interesses às custas da derrota e do empobrecimento de outra, quando a verdadeira solução seria a de cooperação, que só uma nova ordem jurídica é capaz de edificar, neutralizando interesses aparentemente inconciliáveis.

Os valores inalienáveis de cada ser humano e da sociedade como um todo, através da educação para a cidadania, tem como pressuposto a vontade política de construir uma verdadeira democracia.

Os operadores do direito, desde sua formação acadêmica, apenas citando o exemplo brasileiro, têm reproduzido vontades políticas de setores descomprometidos com a democracia. A formação profissional visada é no sentido de fornecer grande contingente de informação, sem o devido espírito crítico e científico.

Desta maneira, torna-se importante atentar para a necessidade de se dar uma nova diretriz visando formar juristas com sólida formação humanística e crítica, dentro do conceito de *intelectual orgânico*.<sup>32</sup>, voltados para uma prática transformadora, sem desprezar os aspectos técnicos da profissão.

---

<sup>32</sup> A este respeito, importante atentar-se para as conclusões da Comissão de Especialistas de Ensino de Direito – CEED, da Secretaria de Educação Superior do Ministério da Educação do Brasil que assim definiu o perfil desejado do formando: “ O perfil desejado do formando de Direito repousa em uma sólida formação geral e humanística, com capacidade de análise e articulação de conceitos e argumentos, de interpretações e valorações dos fenômenos jurídico-sociais, aliada a uma postura reflexiva e visão crítica que fomente a capacidade de trabalho em equipe, favoreça a aptidão para aprendizagem autônoma e dinâmica, além da qualificação para a vida, o trabalho e o desenvolvimento da cidadania.” ( In Diretrizes Curriculares do Curso de Direito, Comissão:

Arruda Jr. situa no rol de possíveis intelectuais orgânicos<sup>33</sup> os operadores jurídicos comprometidos com a democracia e, por conseguinte, com o projeto de resistência ao bloco histórico dominante. Aliás, poder-se-ia sublinhar que o operador jurídico não só pode ser o intelectual orgânico enquanto age como mediador no processo político já enfatizado, a saber, na *relação* intelectual-massa, que concerne diretamente às relações presentes na sociedade civil, mas também exerce a tarefa de trabalhar por uma *nova relação* entre sociedade civil e sociedade política:

*Pois bem, os operadores jurídicos comprometidos com este novo projeto social têm papel no estado (sociedade política) e na sociedade civil. A ampliação da hegemonia da classe trabalhadora não abre mão da construção, ainda por dentro da sociedade capitalista, do avanço e reforço das juridicidades no estado e fora dele que garantam tanto as “regras do jogo” na legalidade bem como na efetividade das leis reconhecidas e sonegadas pelo poder político vigente. Tal processualidade admite, até por se constituir em condição de progresso da legalidade estatal, o advento do pluralismo jurídico que choca contra o Estado. Tal choque a que nos referimos não é restrito à exigência da efetividade mencionada. Não se trata somente de exigência de Direito reconhecido, mas de reconhecimento de direitos novos, portanto não reconhecidos nas leis positivas, como os presentes nos movimentos dos “sem tetos”, dos “sem-terras”, etc.(ARRUDA, 1995:37)*

Assim, para além do comprometimento do operador jurídico com a garantia do Estado de Direito, especialmente o juiz, por um compromisso profissional, exerce uma função de mediador *na* sociedade civil e de mediador entre sociedade civil e sociedade política, não podendo deixar de lançar seu olhar aos movimentos sociais e fazer uma relação com o art. 3º da CF/88, com os Direitos Humanos e com todos os princípios consagrados na Constituição, carentes de efetividade no mundo da realidade.

---

Paulo Luiz Netto Lobo, da Universidade Federal de Alagoas (UFAL), Roberto Fragale Filho, da Universidade Federal Fluminense (UFF), Sérgio Luiz Souza Araújo, da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), e Loussia Penha Musse Felix, da Universidade de Brasília, (UnB), Brasília, 13 e 14 de julho de 2.000).

<sup>33</sup> Gramsci distingue duas formas principais de intelectuais: os orgânicos e os tradicionais. No primeiro grupo estão aqueles ligados a uma classe social, mesmo que nem sempre sejam originários desta classe, mas trabalhando conscientemente para o desenvolvimento progressivo do grupo ao qual se ligam; no segundo, aqueles que, embora tradicionalmente orgânicos, se consideram neutros, autônomos e independentes de qualquer grupo social e por isso Gramsci os denomina *tradicionais* (GRAMSCI, 1995b)

O papel mediador do magistrado assume um alto grau de importância em função do crescimento sem precedentes do Poder Judiciário na sociedade moderna, no plano dos *poderes políticos no moderno Estado social ou promocional, tanto nas suas mais variadas formas ocidentais ("Etat providence", "Estado social" ou "Welfare State")*, quanto, obviamente, nas versões prevalentes na família jurídica socialista".(CAPPELLETTI, 1989:19)

O papel criativo "*law making*", dos magistrados e sua responsabilidade-poder pelo desenvolvimento do direito cresceu enormemente, conforme estudos desenvolvidos por Cappelletti, bastando observar que ocorreram dois congressos internacionais da maior importância que trataram desta tendência evolutiva: *International Academy of Comparative Law*, um em Teerã (1974) e outro em Pescara - Itália (1970). (CAPPELLETTI, 1989:20)

Se de um lado viu-se a necessidade de dar atenção aos mecanismos das lutas populares, como espaços de lutas pela emancipação que podem encontrar ressonância na instância jurídica, entendemos ser possível uma releitura de Cappelletti à luz dos três tipos ideais apresentados por Arruda Jr., pois a legalidade negada, também estava presente, não sem tensões de crises e controvérsias, na implantação do Estado Social ou *Welfare State*, hoje em processo de desmonte.

*Este {Estado Social} é caracterizado pela expansão sem precedentes da competência e, assim, dos poderes do Estado legislador e administrador. Por consequência, também a exigência do controle judiciário da atividade do Estado tornou-se sempre mais aguda e urgente. Daí o fato de que o âmbito do processo cresceu bem além dos limites tradicionais da lide essencialmente "privada", envolvendo esta apenas sujeitos privados; estendendo-se muito seguidamente a lides comprometedoras dos poderes políticos do Estado. Justiça administrativa e Justiça constitucional tornaram-se, assim, componentes sempre mais importantes do fenômeno jurisdicionais, freqüentemente confiadas a novas e altamente criativas" cortes administrativas e constitucionais.*(CAPPELLETTI, 1989:21)



A responsabilidade do magistrado vista sob a ótica do Estado capitalista não é despida de ética. Isto implica no dever de prestar contas das conseqüências de seus atos, sob pena de se admitir um arbítrio e, portanto, uma patologia, pois não seria racional que um órgão criado para defender a democracia, não prestasse contas das conseqüências de seus atos, especialmente quando boa parte das questões decidida decorre de fatos sociais novos, muitas vezes impossíveis de serem regulamentados com precisão, como são as questões sociais. As normas adotadas pelos magistrados às questões novas seguem sempre a força da lógica de uma política e a política assim concebida, é sempre uma teoria exercitante do direito.

Os direitos sociais, típicos produto do Estado Social, são caracterizados pelo fato de que não têm natureza exclusivamente normativa, posto que são promocionais, projetados para o futuro, exigindo a intervenção ativa e prolongada do Estado em cada situação nova:

*Na proteção de tais direitos, o papel do juiz não pode, absolutamente, limitar-se a decidir de maneira estática o que é agora legítimo ou ilegítimo, justo ou injusto; ao contrário, constitui freqüente responsabilidade do juiz decidir de determinada atividade estatal, mesmo quando largamente discricional – ou a inércia, ou em geral dado comportamento dos órgãos públicos –, está alinhada com os programas prescritos, freqüentemente de maneira uma tanto vaga, pela legislação social e pelos direitos sociais. (CAPPELLETTI, 1989:22).*

Nesta situação, impõe-se a releitura hermenêutica rumo à consecução da efetividade das normas fundamentais (*legalidade relida*). Uma hermenêutica alternativa à tradicional, com o *uso alternativo do Direito*, tem sido a opção democrática de muitos juízes, a exemplo dos magistrados gaúchos, aos quais Biavaschi se refere em seu trabalho de dissertação, portanto mais além do direito escrito.

Se a sociedade política deve determinar o que é justo, ou não justo, sua resposta nunca será científica nos tribunais, mas deverá ser razoável em função das preferências morais dos destinatários da norma jurídica, posto que é inerente ao Direito visar a paz social. Se o Direito não atender uma hermenêutica que vise a paz social, a decisão do

magistrado só terá aparência de direito, não será direito, princípio fundamental que justifica, por si só, o *uso alternativo do Direito*.

Arruda Jr. distingue a expressão *Direito Alternativo* da expressão *Uso Alternativo do Direito*, conceituando a primeira como “expressão dos movimentos sociais”, ou seja, daqueles movimentos que procuram organizar parcela da sociedade marginalizada da legalidade existente, e a segunda, como operação própria da hermenêutica jurídica:

*Desta forma, a construção da juridicidade alternativa passa pela ampliação dos níveis de participação democrática. Por um lado à progressão geométrica dos movimentos sociais (ocupação de terra, como bom exemplo), onde os atores do câmbio são constituídos pela própria comunidade organizada, com a participação do “advogado popular” (exemplo de práxis de operador jurídico na sociedade civil). Por outro, magistrados, promotores de justiça, procuradores, intelectuais não menos orgânicos, no Estado (sentido estrito). Não se trata de juridicidade construída como “dualidade de poderes” (como paradigma). Trata-se de movimento orgânico e com busca de organicidade entre si – direito alternativo e uso alternativo do direito – e destes com os movimentos mais amplos (político sindical) (ARRUDA, 1995:38)*

Lembra ainda Arruda Jr. que o *Estado e o direito condensam relações de forças e os operadores jurídicos não são meros sujeitos, mas partícipes na processualidade de (re) construção social, que é antes de tudo institucional. O movimento “direito alternativo” é reação às expressões de irracionalismo e delinquência que pululam nas instâncias jurídicas, colocando-se como uma contribuição na luta pela democracia. (ARRUDA JR., 1997: 108/109).*

Os movimentos por um *direito alternativo* estão presentes neste apagar do século XX e início do XXI, quando o mundo vive mais uma vez a crise do sistema capitalista, com a radicalização da direita com sua política neoliberal de exclusão de considerável parcela da população do processo de trabalho e de condições de vida.

Os ensinamentos de Gramsci tornam-se atuais ao dar subsídios para a ação política, pois para Gramsci é o homem quem faz a história; e só no esforço que se faz para criar uma vontade coletiva é possível prever a luta, embora não seja possível prever os momentos e os resultados desta luta pois, *“A previsão revela-se portanto, não como um ato científico do conhecimento, mas como a expressão abstrata do esforço que se faz, o modo de criar uma vontade coletiva”, pois “na realidade, é possível prever cientificamente apenas a luta, mas não os momentos concretos dela”*.(GRAMSCI, 1977:162).

Isso equivale a dizer que nunca se pode, em nome da ciência, apresentar o projeto de uma nova concepção do mundo, de uma nova sociedade como provada cientificamente, mas apenas como uma possibilidade, embora seja, sim, uma possibilidade real. Ao mesmo tempo em que, desta forma, critica toda visão determinista, seja a do positivismo, mas também a de muitos socialistas, conforme já assinalamos antes, sublinha a importância da ciência, encontrando na atividade científica o germe de uma nova relação entre teoria e prática. É também por isso que Gramsci insiste na condição decisiva do ensino de ciências na nova escola.

Sob o título *La scienza e gli strumenti scientifici* desenvolve a idéia de que os principais instrumentos para o progresso científico são de natureza intelectual, política e metodológica:

*I principali <strumenti> del progresso scientifico sono di ordine intellettuale (e anche politico), metodologico, e giustamente l'Engels ha scritto che gli <strumenti intellettuali> non sono nati dal nulla, non sono inati nell'uomo, ma sono acquisiti, si sono sviluppati e si sviluppano storicamente.*<sup>34</sup> (GRAMSCI, 1977:1421).

Assim, a tarefa de construir uma nova sociedade cabe à sociedade e, a de auxiliá-la nesta tarefa, cabe aos intelectuais que colocam sua vontade, sua inteligência e seu

<sup>34</sup> Tradução livre: Os principais instrumentos do progresso científico são da ordem intelectual (e também política), metodológica, e justamente Engels escreveu que os “instrumentos intelectuais” não nasceram do nada, não são inatos no homem, mas foram adquiridos, desenvolveram-se e desenvolvem-se historicamente”.

esforço para compreender a realidade e acompanhar criticamente esta construção. Isto que constitui, precisamente, a “filosofia da práxis”: a ação acompanhada da reflexão. Isto que, mais ou menos, propõem Arruda Jr., mas também Wolkmer, na “práxis” aos operadores do direito:

*Em suma, impõe-se, hoje, uma ação pedagógica que permita aos operadores do Direito romper com a historicidade de uma exigência formalista, retórica e ineficaz, adequando-a a uma postura libertadora e imergindo-o no social concreto, ora co-participando da criação de um novo Direito, ora assumindo uma outra função que, na menção de Roberto A. R. Aguiar, é a de um autêntico “explicitador de direito” (WOLKMER, 1995:13).*

Esta concepção crítica do mundo é a chave capaz de abrir uma porta para que as massas abandonem o “senso comum” e adentrem no “bom senso”. Não se trata de uma visão populista com que se pretende estar ao lado do “povo”, mas de uma perspectiva segundo a qual urge manter viva uma tensão dialética entre o sentir e o compreender, dois elementos que movem o homem na construção da sua vida e de sua história. Como já assinalamos, se trata *da passagem do saber ao compreender, ao sentir, e vice-versa, do sentir ao compreender, ao saber* (GRAMSCI, 1995<sup>A</sup>:138).

O pensamento do intelectual orgânico progressista deve estar voltado para as massas e, no seu movimento, deve senti-las. Ao mover-se em direção destes sentimentos, cria uma filosofia espontânea (ou conhecimento espontâneo) que passa a ser objeto de análise e de compreensão deste tipo de intelectual. É nesta relação dialética entre o movimento alternativo da classe trabalhadora e o intelectual comprometido que nasce uma filosofia crítica e transformadora.

Quase sempre o homem dotado de *filosofia espontânea* não tem clareza do momento histórico em que vive, nem da sua situação em relação às múltiplas relações e vínculos que o envolvem, sendo até comum que pense e aja em contradição com seus próprios

interesses, como sói acontecer quando se vê obrigado a votar e, nesta situação, acaba elegendo partidos, grupos ou indivíduos que, no poder, agirão exatamente contra seus interesses.

Esta contradição pode ocorrer também entre o plano teórico e prático. É o plano teórico ou verbal que une o indivíduo ao grupo e, nesta relação, acaba reproduzindo conhecimentos não verdadeiros, contraditórios em si mesmos, podendo acarretar uma imobilização quanto à escolha de um sentido moral e político para a sua vida.

Cabe portanto ao intelectual orgânico o papel de repassar às massas elementos culturais válidos que as capacitem a sentir e a compreender sua situação real e efetiva e, a partir daí, compreender sua força histórica, portanto capacitando-as para criar uma nova hegemonia. Não se trata de uma “vanguarda” autoritária, mas de uma ação pedagógica em termos de aperfeiçoamento democrático.

O papel do intelectual orgânico, em todos os momentos que as circunstâncias recomendarem, é de estabelecer uma ponte entre a experiência e a análise política, organizando e cimentando um bloco social e político voltado realmente para a construção de uma nova hegemonia, sem se perder em idéias abstratas ou inúteis.

A massa tem sua consistência, e sua evolução, nem sempre é linear. Torna-se necessário captar sua vontade (sentir) e traduzir racionalmente seus anseios (compreender) para dar forma e coesão à sua atividade prática para que, de um lado, não sirva de massa de manobra e, de outro, construa ela mesma seu próprio destino já alicerçada em valores universais.

*Ma dal momento in cui un gruppo subalterno diventa realmente autonomo ed egemone suscitando un nuovo tipo di Stato, nasce concretamente l'esigenza di costruire un nuovo ordine intellettuale e morale, cioè un nuovo tipo di società e quindi l'esigenza di elaborare i concetti più universali, le armi ideologiche più raffinate e decisive. (GRAMSCI, 1997: 1508/9)<sup>35</sup>.*

---

<sup>35</sup> Tradução livre: “Mas desde que um grupo subalterno se torna realmente autônomo e homogêneo suscitando um novo tipo de Estado, nasce concretamente a exigência de construir uma nova ordem intelectual e moral, ou seja, um novo tipo de sociedade e, portanto, a exigência de elaborar os conceitos mais universais, as armas ideológicas mais refinadas e decisivas”.

O intelectual orgânico, individual ou coletivo (partidos políticos, sindicatos, escolas, ONGs, etc.), exerce uma atividade construtora da nova ordem intelectual e moral em relação às massas, cujo resultado deste trabalho só pode ser constatado na práxis dos movimentos sociais.

Para Gramsci, toda vez que um grupo subalterno se torna autônomo e hegemônico, há a necessidade de se construir um novo tipo de Estado, num processo a que Gramsci denomina Guerra de Posição.

Tal guerra [e consequência do inconformismo natural de quem soube se apropriar de concepções filosóficas mais democráticas e libertárias, mas também dos conhecimentos técnicos e científicos capazes de transformar a realidade, muito mais do que da simples apropriação dos meios de produção.

Embora não se trate aqui de discutir as relações entre economia e política, Gramsci não anula, de modo algum, a importância das relações econômicas. Pelo contrário, insiste em que economia e política mantêm suas necessárias vinculações, mas que nunca devem ser abordadas e enfrentadas isoladamente pois, como se sabe, constitui uma crítica sempre feita por Gramsci a qualquer visão economicista presente na tradição marxista.

Novos valores entram no patrimônio cultural da nova sociedade que se vai recriando, aprendendo com a experiência de outros grupos sociais e sendo dirigente de sua própria constituição, amoldando assim, na prática, estes novos valores e princípios que podem se tornar jurídicos à medida que atualizam as normas vigentes, tornando-as mais próximas dos objetivos constitucionais de reduzir as desigualdades sociais.

A atenção do magistrado, como intelectual orgânico deve voltar-se para estas mensagens, tal como tem ocorrido muitas vezes, antecipando-se ao legislador, com as construções jurisprudenciais, ao dar ou tirar eficácia jurídica àquelas situações aceitas ou não pela sociedade.

Assim, no caso mais específico da abordagem jurídica, a contribuição de Gramsci para a 'filosofia da práxis' é da maior importância. O estudioso italiano Giuseppe

VACCA (1991:13) declarou que ela pode ser definida como *o horizonte geral e ao mesmo tempo o principal objetivo programático*, enquanto SEMERARO (1999:110) acrescenta que *a filosofia é da práxis porque nasce da vontade de conjunto, interessada concretamente em descobrir os nexos íntimos da realidade, a relação entre economia, política e filosofia*.

A compreensão da realidade social não pode limitar-se ao conceito antigo de classe trabalhadora, devendo ser ampliado para compreender, como tal, toda gama de trabalhadores, inclusive pequenos empresários, profissionais liberais, funcionários públicos, professores, autônomos, os desempregados, os sem terra, os sem teto, os intelectuais, etc. Não só, portanto, os trabalhadores com vínculos empregatícios.

Todos estes seguimentos sociais da sociedade civil exercem influência sobre a sociedade política, de tal forma que a visão do Estado, como Relação, desmistifica a idéia de um aparato sólido e onipotente.

A educação para a democracia deve ser feita como mecanismo de luta por uma reforma moral e intelectual cada vez mais profunda, de tal forma que haja a subsunção entre sociedade política e sociedade civil.

A obra de Gramsci, embora expressa de modo fragmentário, como reconhecem seus estudiosos, não é capaz de retirar a força de seu pensamento mas, pelo contrário, a torna rica de possibilidades de análise e de aplicação prática.

O uso alternativo do direito poderia constituir-se num processo constituinte permanente de uma nova ordem jurídica, na medida que o magistrado, atento às conquistas sociais, aproximasse a lei ao *tipo ideal* de sociedade preconizado na Constituição.

Feitas estas considerações, procuraremos sinalizar, a partir daí, para uma abordagem crítica e histórica dos processos sociais, com algumas inserções nos fatos políticos ocorridos no Brasil a partir do Golpe Militar de 1964, levando em conta a política neoliberal e a globalização, fazendo um paralelo com o momento histórico vivido na Itália por Gramsci.

## 1.4 Gramsci e o Brasil

Com o fim da ditadura militar, os movimentos sociais, dirigidos pelos partidos políticos e sindicatos mais à esquerda, participaram do movimento pelas eleições diretas, após longo tempo sob a tutela de governos militares, a partir de 1964.

Diante de um Congresso Nacional pusilânime, mas que conferia um aparente caráter de *estado de direito* aos governos militares, ainda sem o sufrágio universal, é eleito Tancredo Neves à presidência da República, cuja principal bandeira era a de devolver à sociedade civil a plenitude da vida democrática.

A morte inesperada de Tancredo Neves e a manipulação da mídia fizeram não tiveram maior significação histórica, longe de romper a relação massa/elite política.

A posse do vice, José Sarney, e a eleição de um Poder Constituinte serviram de mecanismos para que as elites políticas se mantivessem no poder, mas por outro lado reavivaram, de certa forma, os ideais democráticos da população, na expectativa de que, agora sim, a sociedade civil estaria realmente diante da possibilidade de construir uma verdadeira democracia. O ponto principal era fazer crer que a vontade coletiva, com a volta da democracia, estaria garantida pela nova Constituição e, a elite política, fosse qual fosse, obedeceria ao primado da vontade geral expressa na nova Constituição, tida de natureza democrática e cidadã.

Os intelectuais coletivos, partidos, sindicatos e organizações profissionais de todos os matizes aproveitaram o ensejo e organizaram-se na formação de *lobbies* visando influenciar os constituintes, cada qual buscando garantir seus interesses corporativos na nova Constituição, ficando claro a visão do Estado como Relação de forças.

Todavia, a proclamação da nova Constituição, em 10 de outubro de 1988, oferecia possibilidades democráticas, fazendo com que as forças do capitalismo se articulassem visando a inibir os efeitos inesperados, movimentando-se especialmente no sentido de desmoralizar as eleições diretas e o candidato de esquerda, Luiz Inácio Lula da Silva, primeiro colocado nas pesquisas. Em contrapartida, apoia incondicionalmente o segundo colocado nas pesquisas, Fernando Collor de Melo, de um pequeno partido, embora



inexpressivo, mas que melhor atendia aos interesses da extrema direita e de grupos econômicos internacionais.

Tal como no cenário econômico, político e social da Itália no final do século XIX e início do XX, o Brasil, neste final de século, encontrava-se em certa medida em quadro análogo, posto que marcado por um modelo de sociedade desigual e por uma forte política modernizadora, conservadora e entreguista.

É com a mesma ênfase da política econômica iniciada por Fernando Collor que o seu sucessor, Fernando Henrique Cardoso, passou a exercitar a *ideologia do favor* e, sem nenhuma preocupação com a dívida social, aprofundando a inserção do país numa economia de mercado globalizada, num mundo de capital financeiro virtual, frustrando de novo os interesses da maioria da sociedade, embora conseguisse superar provisoriamente a alta inflação da economia então vigente.

Neste contexto, brevemente descrito, a atualidade de Gramsci, respeitados os devidos recortes históricos, pode servir para elucidar e entender as formas pelas quais o capitalismo se articula na garantia de seus privilégios. Com alguma semelhança com a Itália do início do século XX, o capitalismo nacional deste final de século XX é inserido no circuito da economia mundial, e tal como lá, unificam-se as elites econômicas a fim de assimilar as também novas exigências do mercado globalizado, o que também não ocorre, como lá, sem privilégios e concessões pelo Estado, e forte corrupção.

Neste sentido, cabe aqui, pela clareza da análise, verificar o paralelo que faz Ivete Simionato em relação aos dois momentos históricos em “O Social e o Político no Pensamento de Gramsci” e assim podermos constatar o quanto é atual a crítica de Gramsci para compreender o presente momento histórico da vida brasileira:

Os reflexos da nova política econômica atingiram também o plano social e político. A ideologia do favor comanda as relações entre o Estado e a classe burguesa, pois o poder daquele *preocupou-se apenas com o desenvolvimento, mesmo doentio do capital industrial: proteção, prêmios, favores de todo tipo e de toda medida.(...).O poder do Estado defendeu de maneira selvagem o capital financeiro* (SIMIONATO, 1998:40).

A similitude dos dois fenômenos políticos é compreensível porque, de certa forma, revela o comportamento das elites na modernidade, objeto da crítica arguta do pensador sardo. Se o Brasil deste final de século XX e início do XXI é palco de um processo crescente de exclusão e desigualdade sociais, com forte desemprego das classes subalternas e acumulação de capital pelas elites políticas e camadas privilegiadas, (o mesmo fenômeno ocorre na América Latina, como Argentina, etc.), tal como ocorrido na Itália há 70 anos, é forçoso concluir que as efêmeras conquistas sociais deste século XX só serviram para mascarar o caráter potencial da luta de classes e inibir o processo democrático.

O alerta de Gramsci no sentido de que o quadro de ascensão social da maioria da sociedade no sistema capitalista é apenas momentâneo e ilusório, posto que seu objetivo é marginalizar a participação popular, isto deve ser tomado como ponto de partida para que a sociedade civil não descuide nunca de seu projeto de construir uma nova hegemonia.<sup>36</sup>

Gramsci, diferentemente de Marx e Engels, rejeitou um materialismo dialético grosseiro, vulgar e mecanicista, e reformulou a doutrina do materialismo histórico para abrir lugar tanto à influência das idéias na História, quanto ao impacto da vontade individual na constituição de uma vontade coletiva.

Nesse sentido, não adotou a tese economicista, de que as forças econômicas da sociedade sejam, de forma total e exclusiva, a base da superestrutura da sociedade, pois o domínio de uma classe sobre outra não dependia apenas do poder econômico ou da força física, mas também na persuasão das classes subalternas para que compartilhem dos valores sociais, culturais e morais da classe dominante.

Em suma, a construção de uma verdadeira democracia depende de uma efetiva participação das massas, assim como o apoio delas é imprescindível para a construção e manutenção de uma sociedade conservadora, pois como já foi visto, o Estado é fruto de uma relação de forças.

---

<sup>36</sup> Simionato, ao refletir sobre o pensamento gramsciano na análise de seu momento histórico vivenciado na Itália, observa que então “O projeto de sociedade resultante dessa nova ordem econômica ampliava as relações de exploração e subordinação das classes em presença. O capitalismo nascente emergia marcado, sem dúvida, por um forte processo de exclusão. As camadas de classe subalternizadas passam a ser excluídas de qualquer forma de cidadania. A acumulação interna do capital fortalecia-se e engendrava relações sociais capitalistas, dinamizando a economia sob a égide do capital industrial, criando o grande quadro ilusório de ascensão social. Posto em marcha por vias sinuosas, o crescimento econômico aprofundou as contradições já existentes, desencadeou novos conflitos sociais, e marginalizou os conflitos sociais” (SIMIONATO, 1998:40).

Gramsci repensou aspectos da tradição marxista, tornando sua abordagem mais dialética do que aquela que prevalecia sobretudo no marxismo vulgar. Marx preocupou-se com a análise da economia, o que o levou, de algum modo, a afirmar uma anterioridade do mundo exterior ao homem, que seria um produto posterior. Tomou uma posição prevalentemente empirista no que se refere ao conhecimento e na gestação do conhecimento humano. Este seria produto do mundo exterior. Nesse sentido, afirma a anterioridade do ser sobre o conhecer.

Ao acentuar o valor do fator econômico e ao sustentar a necessidade de uma visão científica da análise da sociedade, inserida em contexto cientificista na segunda metade do século XIX, levou muitos a crerem que isto era suficiente para transformar a sociedade, de tal forma que haveria uma passagem necessária do capitalismo para o comunismo.

É esta atitude dogmática que Gramsci flagra nos socialistas do início do século, denunciando-a como causadora de uma certa ingenuidade política.

Sem intenção de desenvolver mais profundamente os fundamentos do materialismo-histórico, cabe lembrar apenas que Gramsci, diante da surpresa da revolução socialista em país (Rússia) pouco desenvolvido capitalisticamente, e diante da constatação de que o socialismo estava longe de se efetivar exatamente onde o capitalismo estava mais desenvolvido (Europa Ocidental), sentiu a necessidade de ressaltar outros fatores ainda pouco pensados e refletidos na tradição marxista, para a formulação de uma teoria política marxista, salientando aspectos culturais, psicológicos, históricos, morais, situando o fator econômico num quadro social mais complexo.

Gramsci tornou, assim, muito mais dialética, tanto as relações entre fatores econômicos, políticos e culturais, quanto teoria e prática. Em suma, para ele, a fundamentabilidade do fator econômico não pode ser entendida sem a presença de outras dimensões. Não é só por fatores econômicos que as mudanças se tornaram decisivas, mas concorrem outros fatores, como os políticos e culturais.

Com Gramsci, não mais foi aceita a concepção de que o proletariado seria automaticamente o herdeiro do capitalismo, que inevitavelmente por via de consequência, desembocaria na socialização da produção. Neste contexto e perspectiva, situa-se a

centralidade do conceito de hegemonia, a fim de compreender melhor como uma classe pode estabelecer sua superioridade cultural e moral sem deter o domínio do poder político, ou como, às vezes, se pode cair na ilusão de contar com o apoio de uma maioria sem, no entanto, dar-se conta de que esta maioria é muito frágil, devido ao apoio a um determinado projeto de sociedade.

O socialismo de Gramsci exige fundamentos éticos honestos e a prevalência da vontade coletiva baseada na liberdade política e na liberdade de pensar por sua própria conta. Ademais, também devido ao fato de não ter podido concluir a sua obra teórica pela morte prematura, insiste que uma teoria nunca é definitiva. Gramsci deixa uma obra aberta, permitindo, inclusive, "usos" não desejados pelo próprio autor.

Todavia, a riqueza de seus ensinamentos, frutos de uma experiência histórica e vivida na sua Itália, mostra o quanto é possível aproveitá-la para a realidade do Brasil de hoje.

Posições diversas são assumidas por seus intérpretes na vida acadêmica e na vida política: para alguns é um pensador reformista, para outros, elaborador de uma teoria revolucionária, mas de qualquer forma, seu pensamento está inserido nos ideais da modernidade.

## **1.5 O Estado Moderno em Gramsci**

Não se pode pensar a funcionalidade democrática dos operadores do Direito, sem um conceito de Estado Moderno.

Para formular sua teoria do Estado, Gramsci encontra no *Príncipe* de Maquiavel elementos decisivos; inspira-o não só o realismo analítico do florentino, mas também a figura mítica representativa do poder político, Quiron, que é meio animal e meio humano, ou seja, é à força do leão e da raposa, mas também a racionalidade do ser humano. Em outras palavras, todo poder político inclui necessariamente força e consenso, dominação e direção, violência e civilização, coerção e hegemonia.

§(86). *Machiavelli. Altro punto da fissare e da svolgere è quello della <doppia prospettiva> nell'azione politica e nella vita statale. Vari gradi in cui può presentarsi la doppia prospettiva, dai più elementari ai più complessi. Ma anche questo elemento è legato alla doppia natura del Centauro machiavellico, della forza e del consenso, del dominio e dell'egemonia, della violenza e della civiltà (della 'Chiesa e dello Stato' come direbbe il Croce)* <sup>37</sup>(GRAMSCI, 1977:991).

Ressalte-se, contudo, que o pensador italiano insiste em que há um conceito restrito do Estado, como sociedade política, contraposto e composto com a sociedade civil; e, um conceito ampliado de Estado. Neste caso, Estado equivale a "ditadura + hegemonia" (GRAMSCI, 1977: 811), ou então, a "sociedade política + sociedade civil, isto é, hegemonia escudada na coerção" (ibid.). Além disso, quando se fala, de modo sintético, das duas funções, hegemonia e coerção, Gramsci usa o termo "supremacia".

Assim, para Gramsci, à diferença de Hegel e Marx, o campo superestrutural é composto de sociedade política (governo) e de sociedade civil, e a superestrutura não é mero resultado do que é decidido na estrutura, ou seja, no campo das relações econômicas, mas também é lugar de luta entre classes. E a sociedade política é o lugar privilegiado do exercício do poder político como coerção, como domínio, como "ditadura", mesmo que não se compreenda só como tal, enquanto a sociedade civil é o lugar privilegiado do exercício do consenso, da hegemonia. Em todo caso, nenhum poder político é sustentável apenas pelo consenso ou apenas pelo uso legítimo da força. Em tese, quanto mais democrática é a sociedade, mais se baseia no consenso, e quanto menos democrática, mais se fundará sobre o uso da força. Assim é possível vislumbrar qual tipo de sociedade mais se aproxima do *tipo ideal*.

Portanto, o Estado ou *sociedade política* é a pessoa jurídica legalmente constituída e dotada do exercício legítimo do uso da força (dominação, coerção, etc.), mas também precisa contar com o consenso na sua articulação/contraposição com a sociedade civil:

---

<sup>37</sup> Tradução livre: § (86) Maquiavel. Outro ponto por fixar e por desenvolver é aquele da < dupla perspectiva > na ação política e na vida estatal. Várias posições pode se apresentar a dupla perspectiva, que vai da mais elementar à mais complexa. Mas até este princípio está preso à dupla

*Se ciência política significa ciência do Estado e Estado é tudo o complexo de atividades práticas e teóricas com as quais a classe dirigente justifica e mantém o seu domínio não só mas consegue obter o consenso ativo dos governados, é evidente que todas as questões da ciência essenciais da sociologia não são outra coisa senão as questões da ciência política.*

<sup>38</sup> (GRAMSCI, 1977:1765)

Como se pode verificar, a concepção de Estado em Gramsci é diferente da adotada por Marx. Enquanto para este a sociedade civil e o mundo da circulação da riqueza (mundo das relações econômicas) estão compreendidos na estrutura e o Estado na superestrutura, para aquele somente as relações econômicas estão compreendidas na estrutura, enquanto na superestrutura estão tanto a *sociedade civil* como a *sociedade política* ou Estado. Assim sendo, para Gramsci, *sociedade civil* deixa de ser sinônimo de *relações econômicas*.

Nesse sentido, a sociedade civil, tanto quanto o Estado, é a esfera onde se dão as lutas políticas pela hegemonia, com efetivos e diretos reflexos sobre o Estado (Relação), de tal forma que a primeira, sendo social, atua pela persuasão ou pela troca de vantagens; a segunda, pela coerção ou constrangimento, já que esta detém o uso legal da força. Ao aproximar estas esferas, como faces da mesma moeda, Gramsci faz a seguinte exposição:

*Lo Stato è concepito sì come organismo proprio di un gruppo, destinato a creare le condizioni favorevoli alla massima espansione del gruppo stesso, ma questo sviluppo e questa espansione sono concepiti e presentati come la forza motrice di una espansione universale, di uno sviluppo di tutte le energie <nazionali>, cioè il gruppo dominante viene coordinato concretamente con gli interessi generali dei gruppi subordinati e la vita statale viene concepita come un continuo formarsi e superarsi di equilibri instabili (nell'ambito della legge) tra gli interessi del gruppo fondamentale e quelli dei gruppi subordinati, equilibri in cui gli interessi del gruppo dominante prevalgono ma fino a un certo punto, non cioè fino al grezzo interesse economico-corporativo.*(GRAMSCI, 1977:458)<sup>39</sup>

---

natureza do Centauro maquiavélico, o da força e do consenso, do domínio e da hegemonia, da coação e da civilização (da Igreja e do Estado, como diria Croce) (GRAMSCI, 1977:991)

<sup>38</sup> Tradução livre: Se ciência política significa ciência do Estado e Estado é todo complexo de atividades práticas e teóricas com que a classe dirigente justifica e mantém o seu domínio, não só passivo, mas visando a obter o consenso ativo dos governados, é evidente que todas as questões de ciência essenciais à sociologia, não são outra coisa senão as questões da ciência política.

<sup>39</sup> Tradução livre: "O Estado é concebido como organismo próprio de um grupo, destinado a criar condições favoráveis à máxima expansão do próprio grupo, mas este desenvolvimento e esta expansão são concebidos e apresentados como a força motriz de uma expansão universal, de um desenvolvimento de todas as energias

A contribuição de Gramsci tem aqui um sentido moderno na medida em que dá uma dimensão maior a processualidade histórica da *sociedade civil*, colocando-a como um organismo do próprio Estado - embora com certa autonomia em relação ao governo como tal - posto que compreende os interesses do grupo dominante e os interesses gerais dos grupos subordinados, numa formação e superação de equilíbrios instáveis, mas mantendo-se o interesse maior do grupo dominante que é o estreito interesse econômico corporativo.

A *sociedade civil* não tem, portanto, uma relação passiva em relação à “sociedade política”, mas ativa e dialética, mesmo passivamente (a passividade é meramente aparente) quando o seu silêncio pode ser interpretado como uma forma de aquiescência ou de aprovação à vontade do *grupo dominante* (ação por omissão), como também ativamente, (por ação), quando não aceita resignadamente os fatos desfavoráveis.

Este movimento dialético da *sociedade civil* face ao Estado, com avanços e retrocessos constitui uma dimensão de sua autonomia e, portanto, de sua subjetividade.

Cabe lembrar, neste contexto, que Gramsci se inscreve claramente na modernidade: a autonomia é a sua palavra de ordem. O homem depende só de si. Marx, no *Manifesto Comunista* sublinha que só o ser humano é responsável pelo que acontece. O homem faz a história. Para Hannah Arendt, tudo é processo na modernidade, assim como antes Hegel havia insistido em que a história é a história da liberdade.

Ao conceber a *sociedade civil* e a *sociedade política* na superestrutura, Gramsci reconhece a possibilidade democrática como a única via para se construir uma nova hegemonia, a ser construída a partir da vontade geral que tem, em última instância, a prerrogativa de o povo decidir sobre qual direito a que pretende submeter-se. Neste mesmo sentido, ressalta Salgado, remetendo-se à contribuição de Kant:

*Com isso se põe a questão da comunhão da vontade particular na vontade universal, que Kant elevará à forma do mundo inteligível (autonomia, ou soberania na*

---

'nacionais', ou seja, dos grupos subordinados e a vida estatal passa a ser concebida como contínuo formar-se e superar-se de equilíbrios instáveis (no âmbito da lei) entre os interesses do grupo fundamental e os dos grupos subalternos, equilíbrios em que os interesses do grupo dominante prevalecem até um certo ponto, ou seja, não no plano do puro interesse econômico-corporativo".

*linguagem de Rousseau), ao qual pertence o homem, ao mesmo tempo em que participa do mundo sensível (heteronomia, vassalagem ou súditos, segundo Rousseau). Sujeitar a liberdade natural limitada pelas forças do indivíduo à liberdade civil limitada pela liberdade geral, eis a autonomia que se traduz na liberdade definida como "obediência à lei a si mesma prescrita" (Rousseau) e que para Kant é a lei moral consistente na submissão da vontade particular à vontade geral.*(1995:233)

Para Gramsci, a vontade geral é incompreensível no homem-massa, no homem inconsciente de si mesmo, posto que sua concepção de mundo é imposta *por um ou vários grupos sociais nos quais todos estão automaticamente envolvidos desde sua entrada no mundo consciente.* (GRAMSCI, 1995 a:12)

O homem-massa não enxerga além de sua aldeia, da província ou da paróquia em que tem origem. Sua visão de mundo é imposta pelo patriarca, pelo vigário, pelo intelectual avinagrado pela própria estupidez, pela impotência para a ação. Por conta disto deve-se ter a clareza, como afirma Gramsci, de que as convicções das *"massas populares são extremamente débeis, notadamente quando estas novas convicções estão em contradição com as convicções (igualmente novas), ortodoxas, socialmente conformistas, de acordo com os interesses das classes dominantes"* (GRAMSCI, 1995<sup>a</sup>: 27). Por via de consequência, há que *"trabalhar incessantemente para elevar intelectualmente camadas populares cada vez mais vastas, isto é, para dar personalidade ao amorfo elemento de massa..."* (ibid.). É esta precisamente, a tarefa mais complexa e decisiva para se constituir uma nova *hegemonia*, a tarefa da *reforma moral e intelectual*.

Esta relação de impositores não é exaustiva, pode ser estendida ao infinito: pela família, pela escola, pela mídia burguesa, pelos filmes, pelas novelas, pelo senso comum, pelos políticos, pelo governo, pela propaganda, pela contrapropaganda, enfim, por tudo que é antimoderno e frustra o homem na sua capacidade de pensar e agir na construção de seu próprio destino.

Em contraposição a tudo isso, indaga:



*(...) não seria preferível elaborar a própria concepção de mundo de uma maneira crítica e consciente e, portanto, em ligação com este trabalho do próprio cérebro, escolher a própria esfera de atividade, participar ativamente na produção da história do mundo, ser o guia de si mesmo e não aceitar do exterior, passiva e servilmente, a marca da própria personalidade?.*(GRAMSCI, 1995:12)

Propõe o pensador que cada um se coloque como objeto de sua própria investigação e indague ainda: “*qual é o tipo histórico do conformismo e do homem-massa do qual fazemos parte?*” (GRAMSCI, 1995:12).

Essas indagações nos autorizam a dizer que é a autocrítica de nossa condição humana, observando a consciência de todas as formas de controle que nos são impostas, por condicionamentos mentais, espirituais e materiais, o primeiro passo para a libertação.

Feitas estas considerações, é se notar que toda forma de imposição dá ensejos a formas de interpretações jurídicas ensejadoras de exclusão social, mantenedoras do “status quo” e nem por isso recebem a crítica dos que se voltam contra o uso alternativo do direito.

*Quando a concepção de mundo não é crítica e coerente, mas ocasional e desagregada, pertencemos simultaneamente a uma multidão de homem-massa, nossa própria personalidade é composta de uma maneira bizarra: nela se encontram elementos dos homens das cavernas e princípios da ciência mais moderna e progressista; preconceitos de todas as fases históricas passadas, grosseiramente localizadas, e intuições de uma futura filosofia que será própria do gênero humano mundialmente unificado.* (GRAMSCI, 1995 a:12).

O mito da caverna, concepção política tipicamente platônica, não é aqui expressamente adotada por Gramsci, posto que este se refere aos *homens das cavernas*, ou seja, os da fase pré-histórica. No entanto, não seria fora de propósito uma alusão ao mito da caverna para comparar o simbólico com a dimensão política de Gramsci. As sombras da caverna simbolizam uma concepção de mundo imposta, aparências sensíveis que nos são

dadas desde nossa entrada no mundo. As estátuas, as coisas sensíveis de um mundo que também nos foram impostas.. O muro, a linha divisória é o início de nossa elaboração crítica. A idéia do sol, como idéia do Bem, é a verdade descoberta. O homem que sai da caverna e retorna, é o intelectual orgânico que viu o verdadeiro Bem e aceita correr o risco do retornar para ela e convidar o homem-massa para ver a luz do dia, pois é isto que dará sentido à sua existência.

*O início da elaboração crítica é a consciência daquilo que somos realmente, isto é, um “conhece-te a ti mesmo” como produto do processo histórico até hoje desenvolvido, que deixou em ti uma infinidade de traços recebidos sem benefício no inventário. Deve-se fazer, inicialmente, este inventário.* (GRAMSCI, 1995 a:12).

Com a consciência crítica, sem a qual não se tem consciência de nossa historicidade, torna-se importante verificar o desenvolvimento de tudo quanto contribuiu para construir o modo de pensar atual e o que há de contradição com outras concepções, pois é impossível pensar o presente de forma bem elaborada, mantendo problemas de um passado remoto ainda não resolvidos em nossas mentes.

Adverte que não há filosofia em geral, mas diversas filosofias e concepções de mundo e há uma contradição entre o modo de agir e o modo de pensar, o que ocorre nem sempre por má-fé.

O grupo social toma emprestada a visão de mundo de outro grupo social por razões de submissão e subordinação intelectual, contudo é uma concepção estranha aos próprios interesses, mas de que não tem consciência e, por isso, o grupo torna-se dependente, submisso e subordinado.

Daí a importância de sistematizar, *crítica e coerentemente* as próprias intuições do mundo e da vida, fixando com exatidão o que deve ser compreendido por *sistema*, mas com o cuidado de não repassar isto num sentido professoral.

O que se constata, a nosso ver, na construção gramsciana de uma nova sociedade, é que ela deve passar pela reconstrução do próprio homem. É a isso que denomina, com um conceito amplo, "educação": ao processo mesmo das relações sociais. Por isso, a construção de uma nova hegemonia é um processo pedagógico, dentro do qual se inserem os "aparelhos privados de hegemonia", a saber, as organizações culturais da sociedade civil, como a escola, a igreja, os meios de comunicação.

Embora a sociedade tenha superado de certa forma, seu estado primitivo, passando do estado de natureza para o estado civil, é possível vislumbrar que há ainda vestígios de sua história passada e que, por isso, torna-se imperiosa a “*superação das paixões bestiais e elementares por uma concepção da necessidade que fornece à própria ação uma direção consciente*”. (GRAMSCI, 1995 a:16).

A compreensão deste fenômeno deve ser visto como a passagem do “senso comum” para o *bom senso*, daquilo que era um “conjunto desagregado de idéias e de opiniões” em algo “unitário e coerente”, daquilo que podia ser concebido como *filosofia vulga*, em *filosofia científica*. Com uma nova concepção de mundo, esta filosofia se transforma em movimento cultural, numa nova religião, numa nova fé, cria-se uma nova ideologia.

Sem a preocupação de nos aprofundarmos no processo de construção da “filosofia da práxis” e de como é possível viabilizar na mente social uma nova concepção de mundo, importa sublinhar por ora que:

*É preciso também definir a vontade coletiva e a vontade política em geral no sentido moderno; vontade como consciência atuante da necessidade histórica, como protagonista de um drama histórico real e efetivo.* (GRAMSCI, 1991:7).

Existe uma separação entre governantes e governados, ou entre dirigentes e dirigidos, e esta questão constitui o grande problema a ser entendido na construção da democracia. Por outro lado, a questão da racionalidade como última instância para a solução

dos problemas políticos, nem sempre serviu de diapasão para tais decisões. Emerge, daí, para os operadores do Direito, a questão da relação entre democracia, poder e racionalidade.

## 2 O PODER CRIATIVO DOS JUÍZES

### 2.1 O Controle Judicial da Constitucionalidade das Leis em Mauro Cappelletti

O processo de (re) construção da democracia passa, a nosso ver, tanto por uma fase jurídico-formal, como por uma fase político-substantiva.

A primeira fase pressupõe:

- a) Uma Constituição democrática no seu conceito clássico, isto é, que determina *a forma de Estado, a forma de governo e o reconhecimento dos direitos individuais* (BONAVIDES, 1997:21);
- b) b) o cumprimento das escolhas dos membros dos vários órgãos do poder na forma estabelecida na Constituição, mas que tenha estabelecido eleições diretas e voto secreto e universal para os membros do executivo e legislativo;
- c) c) o respeito ou o acatamento de todos os órgãos representativos;
- d) d) o respeito às normas infraconstitucionais.

A segunda pressupõe:

- a) a construção efetiva de um *welfare state*;
- b) a diminuição das desigualdades sociais;
- c) a superação das distorções econômicas;
- d) o crescimento econômico e estabilização da moeda;

A partir dos estudos desenvolvidos por Cappelletti, procuraremos verificar como ocorre esta construção, alertando, contudo, que isto não será de forma estanque, posto que se entrelaçam entre si os diferentes conjuntos destas dimensões, para, afinal, vislumbrar a própria estrutura jurídica.

Cappelletti é um dos maiores estudiosos do papel dos juízes<sup>40</sup> na modernidade atual, sendo sua obra importante para todos aqueles que estudam o processo criador da lei e, por conseguinte, a própria ordem jurídica nas democracias contemporâneas.

É professor da Universidade de Florença, Itália, e da Universidade de Stanford, nos Estados Unidos; e Doutor Honoris Causa da Universidade de Aix-Marseille, na França e da Universidade de Gand, na Bélgica. A sua rica pesquisa na área do Direito Comparado faz dele um clássico do Direito. “O Controle Judicial – Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado”, oferece aos estudiosos do Direito uma das mais vastas pesquisas de Direito Processual comparado, sendo a obra também fruto de um curso ministrado pelo autor na Universidade Nacional-Mexicana em 1965. Mais tarde reviu alguns dos temas tratados no livro por ocasião de outros cursos que veio a ministrar: curso de Direito Público comparado, ministrado no ano acadêmico de 1966-67, na Faculdade de Direito de Florença, dois seminários no *Department of Political Science da University of California*, em Los Angeles e na *Law School de Michigan University*, bem como um breve curso na *Faculté Internationale Pour L’Enseignement du Droit Comparé* de Straburg e, finalmente, uma exposição a jovens estudiosos no Colégio Jurídico de Pisa. (CAPPELLETTI, 1999 a:9). É autor ainda de outras obras e de trabalhos jurídicos em revistas especializadas.

Além da obra acima referida, Cappelletti escreveu mais duas outras obras no mesmo sentido: *Juízes Irresponsáveis?* e *Juízes Legisladores?* que formam uma verdadeira trilogia, sendo todas elas referências bibliográficas para este segundo capítulo, posto que atendem especialmente a seus objetivos.

As obras de que agora nos valem revestem-se de real importância no pensamento jurídico moderno, especialmente se levarmos em consideração que elas refletem todo o processo metodológico e filosófico do Direito comparado vigente na atualidade, bem como o papel da magistratura na modernidade contemporânea.

Outros autores com igual autoridade também adotaram o método comparativo, a exemplo de Ernst Rabel na área do Direito Internacional Privado, verdadeira síntese e superação da escola universalista do século XIX, tendo à frente Savigny e Mancini (Itália). A

---

<sup>40</sup> A respeito da Magistratura brasileira, ler excelente livro de VIANA, Luiz Werneck, CARVALHO, Maria Alice Rezende de, MELO, Manuel Palácios Cunha e BURGOS, Marcelo Baumann. **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. Porto Alegre: Revan – IUPERG. 1997.

escola positivista e particularista também teve forte enfoque no direito comparado a partir de Bartin, Kahn, Anzilotti e tantos outros, ao findar do século XIX e nos primeiros decênios do século XX.

No plano do Direito Constitucional Público, a obra de Cappelletti é atualíssima, revelando que a interpretação judicial no pensamento moderno, está nas Cartas Constitucionais. Lembra o quanto a Constituição norte-americana de 1787 contribuiu para isto.

As constituições modernas estão, portanto, em busca de um maior grau de efetividade, cabendo, aos magistrados, em nome da democracia, fazer valer as garantias ali estabelecidas. A contribuição inestimável da Constituição norte-americana reside no fato de ter atribuído ao Poder Judiciário a prerrogativa de controlar a atividade legislativa à luz da Constituição e, no plano dos atos, na configuração da sentença, como instrumento e ocasião de controle da lei.

Tem sido próprio dos homens a tentativa de eternizar o que é efêmero, passageiro, transitório ou fugaz como a vida. Esta atitude perante a existência constitui uma busca de segurança, como se pudesse petrificar os valores, as instituições, enfim, “fazer parar o tempo”, vencer o humano destino de perene transformação e morte. O jusnaturalismo é o primeiro momento, com suas leis atemporais (eternas) e universais. As leis mudam mas permanecem os eternos valores, os valores fundamentais. A partir daí tem-se casos assim: *É uma lei injusta, todavia não é lei, porque viola aqueles eternos valores.* (CAPPELLETTI, 1999 a:11).

Com o positivismo, (*legem ponere* - *ius positivum*) (cuja noção foi desenvolvida ainda durante a Idade Média<sup>41</sup>), procurou-se cristalizar nos códigos aqueles

---

<sup>41</sup> Karl Olivecrona diz que: “La distinción entre positivismo jurídico y teoría del Derecho natural se vincula a las nociones de “*Derecho natural*” y “*Derecho positivo*”, que tienen diferentes orígenes. La idea de un Derecho natural proviene de la Antigüedad, pero la noción de Derecho positivo se desarrolló durante la Edad Media, si bien no sabemos exactamente a partir de qué fecha. Por lo que se refiere a la terminología, basándonos en investigaciones recientes podemos afirmar que en la Antigüedad no se utilizó el término derecho positivo, *ius positivum*. Solo poseemos un ejemplo (en la Antigüedad tardía) de la expresión justicia positiva, *iustitia positiva*. La expresión *legem ponere*, dictar una ley, de la que emerge el término *ius positivum*, aparece, como expresión jurídica, en el siglo VI. A partir de este momento se usa frecuentemente. (...) Abelardo (1140) define el “Derecho positivo” como aquel que ha sido instituido por el hombre por motivos de utilidad o de honor, o bien aquel que se basa únicamente en la costumbre o en la autoridad de los textos escritos” ( OLIVECRONA, Karl. *El Derecho como Hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*. 1980. Barcelona: Labor, p.15).

valores, por motivo de utilidade e de honra. Mas nem os valores materializados na lei são eternos, como não são imutáveis os conceitos de justiça de cada época, nem de verdade, da mesma forma que não há conclusões definitivas nas descobertas científicas. A cada dia uma verdade científica pode ser substituída por outra mais atual, “mais verdadeira”. Fatores dados na ciência como irrelevantes para os resultados, tempo depois passam a ser relevantes por novas descobertas. O mesmo fenômeno acontece com as ciências sociais e, portanto, com o Direito.

Os valores jurídicos são, portanto, historicamente condicionados. Os valores constitucionais gozam, todavia, de mais efetividade que os materializados nas leis ordinárias, voláteis como a maioria parlamentar de governos também passageiros. As constituições modernas procuram prevalentemente consagrar valores e princípios:

*Nas suas mesmo necessariamente vagas, ambíguas, imprecisas e programáticas fórmulas, estão a primeira poderosa tentativa de lapidar a pedra informe dos “valores, individual e social, e de dar-lhes uma primeira forma: a primeira tentativa, em suma, de uma” posituação “de algo, que está fora e acima da lei normal, e de quem a elabora” APPELLETTI, 1999 a:12).*

Este segundo momento está, portanto, no caráter “rígido” das constituições que impõem normas e institutos prevalentes.

A novidade que Cappelletti ressalta é o terceiro momento, a fórmula que a modernidade jurídica consagrou para transformar a imprecisão, a imóvel estaticidade das leis em algo preciso, vivo, dinâmico, atual: o intérprete qualificado – o juiz.:

*Mas a verdadeira, a grande novidade está no terceiro momento, ou seja, na tentativa de transformar a imprecisão e a imóvel estaticidade daquelas fórmulas e a inefetividade daquela prevalência em uma efetividade e dinâmica e permanente “concretização”, através da obra de um intérprete qualificado - o juiz, ou, nos sistemas mais recentes, o especial juiz constitucional. Aqui, verdadeiramente, o gênio dos homens atingiu o*



*seu vértice; a aspiração ao eterno, uma aspiração que renasce perenemente de suas próprias cinzas, encontra aqui a sua concreta conciliação com a realidade; a eternidade dos valores, aquela eternidade que a história mostrou ser impossível e também sempre utopia da humanidade, concretiza-se através do trabalho atuante do juiz. E também a mil vezes derrotada aspiração jusnaturalista encontra, assim, a sua própria dimensão real, o seu rosto humano; jusnaturalismo e positivismo reconciliam-se, fundem-se nesta certamente imperfeita, mas, genial invenção do homem do Direito. (CAPPELLETTI: 199 a:12)*

O elogio de Cappelletti a este terceiro momento, qual seja, a criação da figura de um intérprete qualificado, o juiz, decorre de ver nesta criação uma racionalidade de tipo prático-moral, que visa resolver a eterna dicotomia, jusnaturalismo e positivismo. Neste sentido, ao ser criada a figura do juiz, a democracia tenta harmonizar tanto as leis, princípios e valores latentes na vida da sociedade (Direito Natural), como precedentes de sua vontade unificada, como a vontade decorrente do contrato social expressa na Constituição (Direito Positivo).

Entendendo-se que a fonte substancial do direito é a sociedade civil e a fonte formal é a lei, a lei formal, reconhecendo a possibilidade de haver lacunas na lei, autoriza o intérprete qualificado a buscar uma solução nos princípios de justiça: universalidade, igualdade e reciprocidade.

Embora Cappelletti apresente um certo encantamento pela figura do “intérprete qualificado”, despidendo o juiz de certa forma de todas as fraquezas humanas e interesses mesquinhos e subalternos, sem negarmos certa positividade desta construção, não devemos esquecer que o ser humano e conseqüentemente toda sociedade têm uma origem inelutavelmente natural, sendo o homem guiado sobretudo por paixões e vontades, estabelecendo escolhas, juízos de valor e distinções que nem sempre atendem os valores éticos e o sentido de justiça.

Apesar disso, na dimensão de racionalidade prático-moral, cada povo pode buscar idealmente na experiência de outro, os mesmos valores que consagraram e possibilitaram um estágio melhor de vida, haja vista as influências das constituições americana e francesa e a Declaração dos Direitos do Homem.

Sem perder de vista a necessidade de uma reforma moral e intelectual capaz de promover um avanço social, o fenômeno jurídico insere-se como tal no mundo contemporâneo, em dimensões muito mais vastas que os limites geográficos e jurídicos de uma nação, fora dos limites positivistas e vislumbra sua vocação para a universalidade, que pode contribuir para o aperfeiçoamento de normas, institutos, princípios e valores de outros países, numa relação dialética.

O sentido visado é nem a vacuidade do jusnaturalismo, nem a relativa precisão do positivismo que não soube superar os limites do nacional, mas a renovada visão supranacional do constitucionalismo moderno a consagrar a possibilidade de um mundo melhor com base nos direitos fundamentais.

Sistemas tão diferentes de constitucionalismo como o norte-americano e o “austriaco” de origens tão radicalmente contrapostas, vão se aproximando, unificando ou, pelo menos se harmonizando. *E bastaria isto, parece-me, para fazer emergir, em toda a sua importância, o Direito comparado, antes, o método comparativo, nos estudos do Direito Constitucional – processual e substancial* (CAPPELLETTI, 1999 a:13)

O constitucionalismo moderno, o controle jurisdicional das leis e o método comparativo constituem os três fundamentais aspectos que estão na aventura jurídica e cultural do homem moderno, mas cuja implementação esbarra-se muitas vezes na vontade do intérprete adstrito à ordem jurídica burguesa.

O tema do controle judicial da constitucionalidade das leis insere-se no quadro geral da justiça constitucional, sendo da maior importância seu estudo também para dimensionar a expansão do poder criativo do juiz no mundo contemporâneo.

## **2.2 A Criação da Norma Jurídica pelo Magistrado**

Em *Juízes Legisladores?*, Cappelletti mostra de uma forma clara e profunda o verdadeiro papel dos magistrados na construção da ordem jurídica através de suas decisões.

Não obstante a jurisprudência represente uma atividade dotada de alta criatividade, esta verdade banal é muitas vezes negada.

Ao investigar as razões pelas quais tal criatividade tem-se tornado necessária e acentuada nas sociedades contemporâneas, o Autor faz um paralelo com o processo legislativo com toda a sua “debilidade” e “virtudes”, reais ou potenciais decorrentes de suas diferenças.

O problema apresentado, objeto específico da referida obra, diz respeito à “*criatividade da função jurisdicional, ou seja, da produção do direito por obra dos juizes. Com terminologia um pouco envelhecida, trata-se de verificar se o juiz é mero intérprete-aplicador do direito, ou se participa, lato sensu, da atividade legislativa, vale dizer, mais corretamente, da criação do direito*”.(CAPPELLETTI, 1999 b:13).

A expressão “direito judiciário” (*judiciary law*) foi utilizada há mais de um século e meio por Jeremy Bentham para revelar e também condenar o verdadeiro significado desta expressão no ordenamento inglês, qual seja, que a função do juiz é de somente declarar o direito, mas podendo-se afirmar que, na realidade, também é um criador do direito.

A condenação de Bentham decorria de constatar, sobretudo, *vícios* no direito judiciário, tais como incerteza, obscuridade, confusão e dificuldade no reconhecimento dos fatos. Esta visão fez com que lutasse pela codificação do direito inglês, embora sem sucesso. Tinha ciência de que nem mesmo a completa codificação eliminaria o *direito judiciário*.

No entanto foi a impressionante expansão do direito legislativo, especialmente no século XX, ocorrida tanto nos países de *Common Law*, e nos de *Civil Law*, uma das principais causas da adoção, no mundo moderno, do *direito judiciário* ou jurisprudencial e, via de consequência, do reconhecimento do papel criativo dos juizes.

Este fato reconhecido mundialmente como de excepcional importância, não está limitado ao campo do direito judiciário, mas, de forma mais geral, reflete a expansão do Estado, de forma que todos os seus órgãos executivos, legislativos ou judiciários também se estendam com sua força, em todos os setores.

A partir desta constatação, é de se notar que o papel do judiciário representa o necessário contrapeso num sistema democrático de “Checks and balances”, à paralela expansão dos “ramos políticos do estado moderno”.

Cappelletti vê neste fenômeno o reflexo de uma profunda crise do Estado e da sociedade contemporânea, procurando analisar esta problemática em termos *conceituais* (§3) e os limites substanciais (§4), examinando-lhe assim as causas principais (§§5 a 10); procurarei depois precisar o que entendo constitua a distinção fundamental entre legislação e jurisdição (§11) e assinalar os limites e ‘debilidades’ da criação judiciária do direito (§12), discutindo em particular o problema da sua aceitabilidade ou ‘legitimidade democrática’ (§13). (CAPPELLETTI, 1999 b:19).

A fim de realizar nossa proposição, faremos incursões em cada uma destas análises, assinalando algumas diferenças e convergências importantes trazidas pelo autor em função dos sistemas *Civil Law* e *Common Law*. O critério de análise, adotado pelo autor, é o “fenomenológico-experimental”, isto é, de comparação entre os vários fenômenos ocorridos no mundo dos fatos, visto que as ciências sociais (dentre as quais se encontra o direito), diversamente das não sociais, não podem socorrer-se de *provetas de laboratórios*.

Conforme já visto anteriormente, a expansão do direito legislado acarreta a ~~paralela~~ expansão do direito judiciário. Há nesta corrida a negação da antítese entre interpretação judiciária da lei e criatividade dos juízes, estando implícito que, na interpretação judiciária, está implícito um certo grau de criatividade.

Por mais simples e precisa que seja a linguagem legislativa, lembra Barwick, citado por Cappelletti, *sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambigüidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária* (CAPPELLETTI, 1999 b:20).

Assim, o que se verifica, não é oposição entre conceitos de interpretação e criação de direito, mas o grau de criatividade e os modos, limites e aceitabilidades de criação do direito por obra dos tribunais.

Antes de desenvolvermos o próprio problema do papel dos juízes em confronto com o papel dos legisladores, impõe-se fazer alguns esclarecimentos conceituais.

O conceito de interpretação tem sido objeto de vastos estudos, desde o final do século passado até nossos dias. Estes estudos registrados em literatura de muitos países têm sido o de demonstrar que, com ou sem consciência, *certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só à interpretação do direito, mas também no concernente a todos os outros produtos da civilização humana, como literatura, música, as artes visuais, a filosofia, etc.* (CAPPELLETTI, 1999b:21).

É interessante notar que a preocupação com uma teoria da interpretação tem ocorrido com tanta constância, mas nem por isto nos tenhamos dado conta do grau de ocorrência, especialmente se verificarmos que, na verdade, tal prática ocorre em todos os ramos das ciências e das artes.

A teoria da interpretação, ou hermenêutica<sup>42</sup>, faz parte da própria metodologia de cada área de interesse humano, cabendo estender à lista exemplificativa de Cappelletti, aquelas que, por sua natureza, estão intimamente ligadas à teoria da interpretação, a saber: lingüística, semiótica, psicologia, pedagogia, história da literatura, história da arte, sintaxe, lógica, história da ciência, direito, história do direito, direito canônico, teologia, método de traduções, dramaturgia, dentre outras.

Para Cappelletti interpretar, na realidade, significa: *penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e, no caso do juiz, não menos que no do musicista, por exemplo, de tempo e lugar.* (CAPPELLETTI, 1999b:21).

A interpretação varia segundo o intérprete, alcançando maior ou menor índice de outras influências em função do histórico de cada um, de seu intelecto e de seu estado de alma, mas também de sua visão de mundo.

---

<sup>42</sup> A respeito do tema de Hermenêutica Jurídica STRECK, Lenio Luiz, na obra **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999., traz relevante e inovadora análise cuja leitura é obrigatória para as atuais questões da interpretação e aplicação do Direito.

Para demonstrar a importância do intérprete, Cappelletti faz uma singela indagação: *Quem poderia comparar a execução musical de Arthur Rubinstein com a do nosso ruidoso vizinho? E, na verdade, quem poderia confundir as interpretações geniais de Rubinstein, com as também geniais, mas bem diversas, de Cartot, Giesecking ou Horowitz?* (CAPPELLETTI, 1999b:22-23).

Assim, por mais fiel que seja o intérprete, será forçado a ser livre porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo que não deixe espaço para variações e nuances, para *a criatividade interpretativa*. Em outras palavras, em se tratando da atividade jurisdicional, há sempre uma luz a dar vida à letra morta da lei, tornando-a presente e atual em função dos fatos também passíveis de interpretação.

O direito subjetivo nasce do fato. O fato não cria o direito, posto que obra do órgão competente, mas o fato é capaz de fazer desencadear esta ou aquela norma jurídica de acordo com as circunstâncias e com o alcance intelectual do intérprete. Daí a recomendação da lei ao juiz no sentido de julgar de acordo com a sua livre convicção, cabendo lembrar que “livre convicção” não é o mesmo que “convicção livre”, posto que há limites substanciais que vinculam o juiz, mas não de forma completa e absoluta.

Como escreveu em 1899 o grande juiz americano Oliver Wendell Holmes, citado por Cappelletti:

*Não é completamente verdadeiro que na realidade prática (e eu não conheço razão alguma pela qual a teoria deveria estar em desacordo com a realidade dos fatos) uma dada palavra, ou até determinada combinação de palavras, tenha um só significado e nenhum outro. Qualquer palavra tem geralmente vários significados, inclusive no dicionário.*

*(...) onde existe dúvida, não é suficiente o simples instrumento da lógica, e os juízes, mesmo de maneira inata ou oculta, são chamados a exercer a soberana prerrogativa da escolha.* (CAPPELLETTI, 1999b:22).

Dentre outras significativas manifestações de juizes pesquisados por Cappelletti, cabe destacar as de Lord Radcliffe, um dos mais influentes juizes ingleses de nosso século:

*(...) o juiz bem pode se empenhar na mais estrita adesão ao princípio de respeitar rigorosamente os precedentes; bem pode concluir toda tarde sua própria jornada de trabalho na convicção de nada haver dito nem decidido senão em perfeita concordância com o que seus predecessores disseram ou decidiram antes dele. Mas ainda assim, quando repete as mesmas palavras de seus predecessores, assumem elas na sua boca significado materialmente diverso, pelo simples fato de que o homem do século XX não tem poder de falar com o mesmo tom e inflexão do homem do século XVII, XVIII ou XIX. O contexto é diverso; a situação referencial é diversa; e seja qual for a intenção do juiz, as sacras palavras da autoridade se tornam, quando repetidas na sua linguagem, moedas de nova cunhagem. Neste sentido limitado, bem se pode dizer que o tempo nos usa a nós todos como instrumentos de inovação. (CAPPELLETTI, 1999b:23).*

A questão dos precedentes ora apresentada no texto de Lord Radcliffe está intimamente ligada ao direito inglês<sup>43</sup> do *Common Law*. Todavia, importante lembrar que o mesmo ocorre com a interpretação da lei e, de modo geral, tal interpretação pode ser aplicada sempre que houver uma linguagem.

Como já visto acima, o grau de criatividade ou de discricionariedade, não deve ser confundido com a total liberdade do intérprete, como nas decisões judiciais, visto que o juiz deve julgar de acordo com sua livre convicção, mas dentro dos limites substanciais da lei, mas principalmente dos valores e princípios constitucionais.

Os limites substanciais variam de sociedade para sociedade, de época para época e até mesmo no âmbito da mesma sociedade e época, visto que se incluem influências

---

<sup>43</sup> Importante lembrar que o direito inglês é próprio da Inglaterra e do País de Gales. Não é o adotado nos países de língua inglesa ou de Commonwealth, nem do Reino Unido ou Grã-Bretanha. Contudo, os direitos de Commonwealth às vezes são próximos do direito inglês, mas o da Escócia é muito diverso, como também o é o das ilhas anglo-normandas. Para melhor elucidação sobre o direito inglês recomendamos a leitura de seguinte obra: DAVID, René. O Direito Inglês. 1997. São Paulo: Martins Fontes.

históricas, doutrinárias e jurisprudenciais diversas sobre uma mesma questão de direito nos sistemas do *civil law* e influências dos precedentes judiciais no *common law*.

Todavia, a sujeição aos preceitos legais nem sempre exprime a regra fundamental de muitos ordenamentos jurídicos. O próprio sistema jurídico brasileiro autoriza ao juiz julgar, na ausência da lei, com base nos costumes, na analogia e nos princípios gerais do direito.<sup>44</sup>

A analogia é a aplicação de um princípio geral de direito, ou se quiser, de um princípio jurídico que a lei estabelece para certo fato, a um outro fato não regulado na mesma lei, mas juridicamente semelhante àquele. O intérprete, com base nesse mecanismo jurídico, está autorizado a identificar o mesmo princípio que o legislador teria consultado, caso fosse criar a norma. Ao autorizar o juiz a decidir com base na analogia, a lei lhe confere a prerrogativa e o dever-ser de, no caso de lacuna da lei, criar uma norma a partir do princípio de que, fatos de igual natureza, deve servir de tipo para todas as hipóteses de casos semelhantes: *ubi eadem ratio legis, eadem ejus dispositio*.

Cabe lembrar que, para haver *casos análogos* é imprescindível uma semelhança jurídica na “essência”, entre o fato a regular e o fato regulado, visto que cada fato jurídico, dispõe de elementos essenciais que caracterizam a *ratio juris* da norma, além de outros elementos acessórios ou acidentais.

A aplicação da criatividade do juiz neste caso específico de analogia, verifica-se, por exemplo, na questão das “indenizações por acidente de trabalho”, nas relações jurídico-trabalhistas. Tal norma, no Brasil, se aplica às relações de emprego e não aos regimes estatutários dos funcionários públicos. No entanto, se um funcionário público requerer, ante um fato típico, indenização por acidente de trabalho contra o Estado, na ausência de norma específica na lei orgânica do funcionalismo público, o juiz deverá julgar com base na analogia, pois há uma semelhança jurídica na essência. A *ratio juris* na hipótese não será a qualidade da vítima da lesão em si, mas a própria ocorrência da lesão. Todavia, a analogia não é a criação de um direito novo, mas a descoberta de direito existente, desenvolvimento de normas latentes no sistema.



Não havendo caso análogo no sistema, deverá o juiz decidir com base nos princípios gerais do direito. É nessa aplicação que o juiz procede como se fosse o próprio legislador, tendo mais liberdade que uma simples interpretação. O juiz cria o direito, posto que nas legislações modernas, a exemplo da brasileira: *O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacunas ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.* (CPC- art. 124).

Muitas vezes autoriza a própria ordem jurídica que, em casos especiais, o juiz deve decidir com base na equidade, isto é, investe-o no poder de criar e fundamentar a própria decisão, tal qual na hipótese de aplicação dos princípios gerais de direito.

A assertiva de que o juiz é criador do direito é pacífica, tendo Lord Radcliffe assim se manifestado: *jamaís houve controvérsia mais estéril do que a concernente à questão de se o juiz é criador do direito. É óbvio que é. Como não poderia sê-lo?* (apud CAPPELLETTI, 1999b:25).

A problemática, todavia, não se prende à definição da alternativa criatividade e não criatividade, mas no grau de criatividade. Mas não só no grau de criatividade, há de se verificar os modos, os limites e a legitimidade da criatividade. Evidentemente, quando o juiz decide por equidade ou com base nos princípios gerais do direito o faz com maior amplitude que quando decide com base nos precedentes, na jurisprudência ou em detalhadas *prescrições legislativas*.

Mas nem a jurisprudência e nem os precedentes podem vincular totalmente o intérprete em sua imprescindível necessidade de ser livre, vinculando criatividade e responsabilidade. Quando o juiz é livre para criar as próprias decisões com base na equidade ou nos princípios gerais de direito, sua criação não é diferenciada da do legislador, a não ser no processo de criação (aspecto formal), porque o poder de criação da norma jurídica se sujeita, em última instância, aos preceitos de uma constituição escrita, aos limites substanciais e aos valores da sociedade.

---

<sup>44</sup> Nesse sentido, vide art. 4º da lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

Como tem reafirmado Cappelletti, a interpretação judiciária é um típico fenômeno de nosso século, sendo que no passado tal prática, ainda que existente, e sua aceitação eram tidas como um ato escandaloso porquanto se concebia, quando muito, que o juiz se limitasse a declarar qual o direito aplicável.

Esta mudança de comportamento no sentido da aceitabilidade da criação judiciária da lei é explicada por Morton G. White como *a revolta contra o formalismo*, que se apresenta em várias partes do mundo visando alvos diversos. Nos Estados Unidos o alvo foi o *case method*, na França o alvo foi o positivismo jurídico e, na Alemanha, o alvo foi o formalismo científico e conceitual.

Em todas estas hipóteses, o formalismo procurava acentuar o elemento da lógica pura e mecânica do processo jurisdicional, encobrindo o elemento voluntarístico ou discricional da escolha.

A aplicação pura e simples da lógica formal no direito pode levar o juiz a praticar uma decisão injusta, tendo Recasen Siches desenvolvido a lógica do razoável. Assim, a título de ilustração, a maioria dos códigos civis dos países ocidentais estabelece que *os muros divisórios terão seu custo dividido em partes iguais entre os confrontantes*. Seria injusto, por exemplo, que uma das partes fosse compelida a arcar com metade do custo do muro edificado pelo seu vizinho, se este houvesse construído um muro caríssimo, fora dos padrões de razoabilidade.

Aplicando-se a lógica formal, estar-se-ia violando o princípio que veda o enriquecimento ilícito, em nome da megalomania de uma das partes.

Várias escolas de interpretação apresentaram no passado, uma reação ao formalismo que tendia a acentuar o elemento da lógica, encobrindo, como já nos referimos, o elemento voluntarístico e discricional da escolha:

*Típico de todas essas revoltas – representadas por várias escolas de pensamento, como a sociological jurisprudence e o legal realism nos Estados Unidos, a Interessenjurisprudenz e a Freirechtsschule na Alemanha, e o método da libre recherche*

*scientifique de François Géný e de seus seguidores em França – foi, ao contrário, o reconhecimento do caráter fictício da concepção da interpretação, de tradição justiniana e montesquiniana, como atividade puramente cognoscitiva e mecânica e, assim, do juiz como mera e passiva “inanimada boca da lei”. (CAPPELLETTI, 1999b:32).*

Essas escolas haviam sublinhado o pensamento que a função do juiz era meramente declarativa do direito, sem possibilidade de ungir a norma aplicada de qualquer valoração pessoal. Tal reação estendeu-se a todas as formas de direito: consuetudinário, *case law*, direito legislado, códigos, etc.

Ressalta Cappelletti que todas essas revoltas conduziram à conclusão de que a atividade jurisdicional é muito mais difícil e complexa e de que *o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais.* (CAPPELLETTI, 1999b:32)

O juiz tem, como se vê, um papel criativo de balanceamento, de acuidade e de escolha dentre os vários elementos de convicção, isto é, um papel de discricionariedade, não de arbitrariedade, se considerarmos os elementos de racionalidade

Escolha significa não apenas recorrer aos argumentos da lógica abstrata, da significação lingüística, mas sobretudo argumentos da sociologia, da história, da economia, da política, da ética e da psicologia. Como bem adverte Argüello, o homem está sempre a fazer escolha dentre uma série de valores:

*O homem, para atingir suas metas, necessita fazer opções entre uma série de valores que têm de ser selecionados e hierarquizados e as diferentes formas de ação de que pode dispor. A escolha de um dos caminhos, mesmo temporária, necessariamente arruína as demais possibilidades. A “irracionalidade do mundo” obriga à escolha que sujeita o indivíduo à imprevisibilidade, ao “paradoxo das conseqüências”. Não podemos afirmar, por exemplo, que a utilização de um meio considerado justo e bom resulte de um fim igualmente justo e bom. Para entender esta afirmação, entretanto, necessário explorar, en passant, a diferença entre “ética da convicção” e “ética da responsabilidade”. (ARGÜELLO, 1997:43).*

O juiz, ao decidir, necessariamente faz uma escolha. A compreensão do fato fenomênico levado ao seu conhecimento pelas partes do processo leva-o, necessariamente, a um juízo, a uma idéia que deve aproximar-se o mais próximo possível da realidade. A partir desta compreensão, deve valorar o fato e concluir se o fato é típico ou atípico, ou seja, verificar se o fato é jurídico ou não. Para realizar tal valoração, deve recorrer-se aos ditames da ordem jurídica e verificar qual ou quais normas ou princípios são aplicáveis, através do mecanismo da subsunção.

A delineação da sentença, os fundamentos e a parte decisória constituem na verdade “pontos de vista” que só é possível no quadro de uma construção racional, mas as escolhas destes ou daqueles valores jurídicos nem sempre dependem de uma racionalidade, porque toda opção ou tem por base a *ética da convicção*, ou a “ética da responsabilidade” como veremos mais adiante.

Na doutrina moderna é grande a discussão sobre o papel do juiz quando este não encontra na letra da lei, nem no seu espírito, nem em casos análogos, solução para questões controvertidas.

Diversas escolas se formaram no passado para solucionar esta problemática: a escola tradicional, também conhecida como escola de exegese, de um lado, e as escolas do direito livre e a histórico-evolutiva de outro. As duas últimas seriam espécies do gênero “escola científica”, por oposição à escola exegetica.

Fez parte da escola de exegese notáveis civilistas franco-belgas no século XIX, como: Duranton, Delvincourt, Toulier, Merlin, Demolombe, Demante & Colmet de Santerre, Taulier, Troplong, Marcadé & Pont, Laurent, etc.

A escola científica desenvolvida a partir de 1812, na *Introduction à l'étude du Code Napoléon* de Lassalle, foi divulgada através da imprensa jurídica dessa época por Thémis de Athanase Jourdan (1819-1821), mas somente se firmou em fins do século XIX através dos ensinamentos de Aubry & Rau, mas principalmente de Bufnoir na sua obra *“Propriété et contrat”*, tendo este proclamado a doutrina de que “*é necessário adaptar o texto da lei aos fatos da vida, e, ao mesmo tempo, amoldar os fatos de modo a fazê-los entrar no*

*quadro rígido da lei escrita e, às vezes, generalizar um pensamento que o legislador incompletamente formulou ou de que só fez restrita aplicação* (GONÇALVES, 1995: 564).

As origens desta reação, como se observa, são recentíssimas, não podendo mais o juiz se ocultar, desde então, atrás de uma norma preestabelecida, como se possível fosse uma decisão neutra.

A dimensão do poder normativo leva à questão da politização do juiz, o que deverá ser tratado mais adiante, cabendo anotar, por ora, que esta questão não é destituída de importância.

No que tange ao formalismo, verificaram-se manifestações de revolta contra o formalismo que podem ser atribuídas, mais recentemente, com grande vigor, a outro fator da maior importância: a grande transformação do papel do Direito e do Estado na Moderna sociedade de *Bem Estar Social*. A radical mudança ocorrida no próprio papel do direito e do Estado na sociedade contemporânea, é retratada pelo constitucionalista holandês, hoje juiz da Corte de Justiça da Comunidade Européia, e reproduzida por Cappelletti:

*(...) o tipo de estado que, com expressão aproximativa, chamamos “welfare state”, foi principalmente o resultado da atividade legislativa. Os primeiros passos foram tomados na área da política social, mediante legislação pertinente ao direito do trabalho, da saúde e da segurança social; mas gradualmente as intervenções se estenderam à esfera da economia, mediante leis de caráter antimonopolístico, sobre a concorrência, transportes e agricultura; e, finalmente, chegamos à presente situação, com a extensão do setor público, o exercício de generalizado controle do estado sobre a economia, a assunção da responsabilidade do estado em questões de emprego, a elaboração de planos de assistência social e o financeiro de atividades sem fins lucrativos, como por exemplo, no campo das artes, obras públicas e renovação dos centros urbanos em decadência.* (CAPPELLETTI, 1999b:35).

O fenômeno do papel do Estado em geral e da função legislativa na modernidade está bem longe de ser concluído. A complexidade da vida moderna decorrente de movimentos políticos, sociais e econômicos, com avanços e retrocessos, a defesa do meio

ambiente, a ecologia, etc., são questões que têm promovido o crescimento da função do Estado e, por conseguinte, da expansão legislativa.

O meio ambiente em sentido lato, *não apenas ar e água poluídos, mas estética ambiental, saúde e segurança no lugar de trabalho, e as características dos produtos que consumimos* foi objeto de estudo de economistas americanos faz algum tempo, tendo Charles L. Schultze afirmado que o papel do *governo* está constrangido a se estender ainda mais a esferas ainda não definidas. A questão ambiental está intimamente ligada aos avanços industriais, e portanto à questão de produção e consumo. Não há, por exemplo, um crescimento tecnológico nas formas de controle ambiental à altura do crescimento científico e tecnológico das indústrias, especialmente químicas.

O problema das *externalities*, ou seja, a busca de controle dos efeitos colaterais (*side effects*) dos resíduos industriais não pode ser ignorado pelos Estados modernos, posto que atingem em cheio a saúde e a segurança do planeta e a vida na Terra. Quanto mais desenvolvido economicamente o país, mais se acentua o problema dos resíduos químicos e atômicos, não se limitando, contudo, a questão ambiental a estes fatores poluentes. O problema das "externalidades" acentua cada vez mais a necessidade de legislação específica e de intervenção governamental.

O processo de urbanização descontrolada que resulta do modelo de desenvolvimento em curso, por seu turno, vem agravar ainda mais a qualidade de vida dos que saem do campo em busca de oportunidade nas cidades dos já urbanizados. A falta de infra-estrutura urbanística, de saneamento básico em todas as suas formas (ausência de água encanada, esgoto a céu aberto, ausência de lixo seletivo, córregos e rios poluídos, poços contaminados, fossas desprotegidas, etc.) contribuem enormemente para reavivar doenças endêmicas, sazonais e crônicas nas populações periféricas, exigindo uma política responsável na área social e com investimentos consideráveis.

Portanto, se a atividade dos governos era restrita e limitada a determinadas esferas, com a modernidade e a explosão demográfica as demandas sociais avolumaram-se, exigindo maior regulamentação em certas áreas, principalmente para proteger direitos difusos.

Outras exigências da vida moderna, como transportes, energia elétrica, escolas, saúde, segurança, necessárias para atender a centenas de milhões de cidadãos, hoje vistos como consumidores, têm sido causa de mais regulamentação, mais poder de administrativo, mais demandas judiciais.

Toda essa enormidade de regulamentação legislativa e administrativa, especialmente no que tange à questão ambiental atingem, como já dissemos acima, milhões de cidadãos, dando-se origem a milhares de conflitos de interesses e, por conseguinte, também de milhões de demandas judiciais.

Sem intenção de esgotar toda gama de legislação endereçada aos consumidores, cabe apenas lembrar as leis de defesa do consumidor e as leis tributárias, estas últimas com evidentes e habituais abusos por parte tanto dos contribuintes, como da administração pública, circunstâncias que também contribuem para as demandas judiciais.

*Para resolver tão titânico desafio, os modernos sistemas de governo não podem confiar exclusivamente na “invisible hand” de Adam Smith, na livre lei de mercado, ditada pela maximização do lucro. A tendência recente, que encontra o seu “grito de guerra” na condenação do “Big Government”, derivado do Welfare state e no invocado retorno à livre iniciativa privada e às leis do “livre” mercado, atraente para muitos como resultados eleitorais dos últimos anos têm demonstrado, na Inglaterra, Suécia, Estados Unidos, Noruega e em outras partes, pode certamente ter muitas justificações; todavia, se levada às suas extremas consequências, parece destinada a segura falência. (CAPPELLETTI, 1999b:37/38).*

Neste contexto, os Estados neoliberais têm-se comportado com manifesta condescendência em relação às empresas poluidoras, pois o custo dos danos que provocam sobrepõem em muito os gastos públicos com a recuperação do meio ambiente e com a saúde pública.

Embora haja normas autorizando o Estado a intervir em todos esses domínios, as multas aplicadas são, na maioria das vezes, compensadoras do ponto de vista econômico, sem que, pelo menos no Brasil, haja qualquer precedente de intervenção estatal em tais

empresas, dados os entraves administrativos e caracterização de uma zona cinzenta na verificação das infrações penais.

Os Estados modernos, *Welfare State* na origem transformaram-se em Estados administrativos, depois em Estados burocráticos.

Assim, com a opção ideológica do neoliberalismo e conseqüente opção pela política de Estado mínimo, a exemplo do Brasil, a maioria dos países ocidentais transferiu, de forma irresponsável, grande parte dos bens públicos para as *visibles hands* dos particulares.

Os argumentos que utilizam para formular um diagnóstico da crise do Estado Providência são: a) não há viabilidade financeira dos Estados garantirem as políticas públicas voltadas ao social; b) os Estados perderam sua eficácia econômica e social e, c) impossível promover o desenvolvimento, em face de certas mutações sociais em curso.

Sem nos aprofundarmos nestas questões, que fugiriam aos propósitos do presente trabalho, cabe *en passant*, antes de tudo tentar entender o processo de solução deste problema a partir da evolução da estrutura social e da relação que o Estado mantém com a sociedade.

Inegavelmente, há fatores preponderantes que inviabilizam a concretização dos Estados-Providência que escapam à nossa dissertação, mas a solução passa pela vontade política de alterar as relações entre sociedade civil e Estado e vice-versa, vale dizer, há de se definir uma nova justiça contributiva, mas também, uma nova política distributiva.

A moralidade da administração pública é condição *sine qua non* para viabilizar o Estado-Providência, mas é imprescindível que a sociedade civil crie mecanismos de vigilância capaz, se não de impedir, pelo menos de reduzir ao máximo qualquer tipo de corrupção.

A passagem dos bens públicos para as mãos de particulares grupos econômicos faz com que regiões carentes de saneamento básico deixem de ser assistidas pelo simples fato de que não há como compelir, num Estado de “livre comércio”, que os particulares invistam



onde não haja lucro. O mesmo acontece em setores como de serviços de telefonia, distribuição de rede elétrica, etc.

As leis que visam a garantir os direitos sociais e individuais pedem, para sua execução, a intervenção ativa e permanente do Estado, como os direitos à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho, cujas políticas de incentivos e de subsídios não podem ser atribuídas aos particulares. Pelo contrário, exigem pelo menos em relação à população carente, que no Brasil é a sua grande maioria, que o Estado financie subsídios, remova barreiras sociais e econômicas.

Com todas estas carências da sociedade civil de um lado e omissões do Estado de outro, avolumam-se as demandas sociais e o judiciário é acionado a fim de dar efetividade e garantia a todos esses direitos e princípios, pelo menos formalmente na ordem jurídica.

*Paradoxalmente, os parlamentares “atribuíram-se tarefas tão numerosas e diversas” que, para evitar a paralisia, encontram-se ante a necessidade de “transferir a outrem grande parte da sua atividade, de maneira que suas ambições terminaram em abdicação” (CAPPELLETTI, 1999b:43).*

Esses “outros” a quem tal atividade foi transferida são o Executivo e seus órgãos que, com um pé no *Welfare State* formal de um lado, e outro pé no Estado de Mal-Estar Social real, deixam de pagar a dívida social, optando por pagar a dívida financeira junto aos credores internacionais. Nesta tensão, o Estado, que teria funções eminentemente administrativas em função da sociedade civil, mas diante dos graves problemas sociais não resolvidos, passa a se sustentar como um Estado de polícia.

Óscar Correias, nesse sentido, faz uma análise precisa, mas com grande poder de síntese:

*Por outra parte, el imaginário jurídico se ha probado con la idea de que el neoliberalismo ha promovido la “desregulación”, como dicen los sesudos sociólogos del*

*derecho del primer mundo. Pero resulta que la famosa desregulación, no sólo se consigue produciendo más normas que antes, sino que desregula solamente la economía. Pero controla, con una actividad cada vez más férrea, otros sectores de la vida social. Promueve el achicamiento del estado, pero en términos de empleados públicos que ahora no tendrán ningún medio de subsistencia. Pero este sector del imaginario jurídico nada dice de considerar como “costo” de la desregulación – que se fundamenta precisamente en hacer menos costoso al estado -, lo que hay que gastar en represión y producción de ideología, para imponer el supuesto menor costo de la sociedad desregulada (CORREAS, 1996:6)*

A análise de Correias vai, portanto, ao encontro da advertência de Cappelletti que é, neste sentido, de um alerta aos burocratas e governos insensíveis aos problemas sociais, mas também um alerta aos próprios cidadãos:

*Desnecessário mencionar o perigo de abusos por parte da burocracia, a ameaça da situação de “tutela” paternalística, quando não de opressão autoritária, sobre os cidadãos por parte do onipotente aparelho administrativo e, por isso, ao mesmo tempo distante, inacessível e não orientado para o seu serviço, o sentimento de impotência e abandono que termina por invadir todos os cidadãos incapazes, ou sem vontade, de se reunirem em grupos poderosos, com condições de obter acesso às inumeráveis alavancas da máquina burocrática, exercitando pressões sobre ela, a abulia e o anonimato, enfim, de grande maioria dos que também tiveram aquela capacidade ou vontade, por meio da qual uniram-se à massa dos participantes de tais grupos poderosos de pressão” (CAPELLETTI, 1999b:45).*

Este quadro apresentado por Cappelletti denota o quanto o homem comum necessita ser convidado a construir um mundo com suas próprias mãos, sem as amarras mentais que lhe foram colocadas durante séculos, como lembra Gramsci. Neste mundo em que as pesquisas científicas perscrutam o DNA humano, pouco se sabe da psique humana, da herança genética psíquica, dos segredos e monstros estudados por Freud e que povoam o interior de cada um, como entidades que habitam a alma dos indivíduos e os fazem únicos na existência.

*Não é decerto sem boas razões que tão grande parte da filosofia, psicologia e sociologia moderna trata exatamente dos temas da solidão na multidão, tomados de escaudante atualidade. Paradoxalmente, o ideal do bem estar geral, em que se fundou o “estado social”, o État providence ou welfare state, terminou por lavrar o campo no qual cresce a planta tentacular da infelicidade geral, com seus agudos e perversos fenômenos, que conduzem, no limite, à droga e ao terrorismo (CAPPELLETTI, 1999b:45).*

O ser humano moderno sente-se impotente para lidar com um mundo cada vez mais virtual, mais impessoal, mais populoso, embora cada um se sinta mais isolado, onde procura encontrar a própria dignidade e um significado para sua própria vida. As soluções que busca são muitas vezes isoladas, inconseqüentes, sempre na expectativa de que alguém faça o que, pessoalmente, não está disposto a fazer. Assim, fica na esperança que apareça um pai, um salvador, um guru ou profeta, um protetor que não chega nunca, mas que fosse capaz de alterar esta lei da inércia.

Alguns, para encontrar um objetivo, uma resposta à sua solidão ou ao seu infortúnio, recorrem-se à fé, à algum tipo de crença, e dão-se conta de que nada poderá mudar seu destino a não ser um milagre, uma ajuda que venha do céu. Outros recorrem à droga ou à prática de terrorismo, outros se embrenham em fanatismos ou à prática de algum crime.

Mas *l’État Providence* ou *Welfare State* já não dá conta de seu projeto, não é mais o porto seguro, nem o “agente segurador” de que fala Adolf Wagner, o fundador de *Verein für Sozialpolitik* e um dos principais teóricos do estado social alemão. Rosanvallon, Diretor de Estudos na Escola de Altos Estudos em Ciências Sociais de Paris, no mesmo sentido, faz uma síntese de suas proposições assinalando que:

1. *El Estado moderno se define fundamentalmente como un Estado protector.*
2. *El Estado providencia es una extensión y una profundización del Estado protector.*

3. *El paso del Estado protector al Estado providencia acompaña el movimiento por el cual la sociedad deja de considerarse a sí misma un cuerpo, para concebirse como un mercado.*
4. *El Estado providencia trata de sustituir la incertidumbre derivada de la providencia de las instituciones religiosas por la seguridad de la providencia proporcionada por el Estado.*
5. *La noción de probabilidad estadística hace posible en el plano teórico la integración de la idea de Providencia en el Estado.*  
(ROSANVALLON, 1995:43).

Restaria ao homem moderno a convicção de que, vivendo numa democracia, o destino estaria em suas mãos. Nestas condições, como povo, seria titular de poder soberano, do poder consagrado nas constituições modernas que, a miude, proclamam que “todo poder emana do povo e em seu nome será exercido”.

O parlamento o representaria e exerceria, em seu nome, a sua vontade livre e soberana de construir um mundo melhor, ou, pelo menos, mais solidário e menos injusto.

Mas como acreditar nisso se os políticos insistem em definir o parlamento como órgão representativo, a despeito de sua independência do corpo eleitoral, (...) isto significa para Kelsen, que a pretensa teoria da representação é uma ideologia, cuja função é ocultar a situação real, manter a ilusão de que o legislador seja o povo, embora a função dos eleitores seja apenas a de eleger o órgão legislativo, que, uma vez eleito, se considera completamente desvinculado da sua vontade.” (BOBBIO, 1991:32).

Em estreita conexão com tudo isso, Cappelletti traz o problema da legitimação democrática e de novo as meditadas palavras de Koopmans:

[...] os sistemas representativos de governo andavam orgulhosos do convencimento de incorporar, pela sua própria natureza, o consenso dos governados: o povo

*vivia sob o império da lei por ele mesmo estabelecida, por meio de representantes por ele eleitos. Mas hoje [...] tornou-se extremamente longo e sutil o fio que une o voto dado pelo cidadão, para a eleição de membro do Parlamento, com as numerosas decisões da autoridade pública, que exercem os seus efeitos sobre a esfera daquele cidadão; é necessária muita força de imaginação para pensar que tais decisões estejam baseadas numa lei que, no ápice, as tenham autorizado. Assim, o cidadão fica sempre mais em dúvida quanto à “legitimação” dessas decisões. E esta posição de dúvida é um fenómeno [...] que pode ser encontrado em todos os países industrializados do ocidente*<sup>45</sup> (CAPPELLETTI, 1999b:46).

A responsabilidade para a solução desta crise deve, na concepção de Gramsci, ser devolvida à sociedade, através de ampla reforma moral e cultural.

Caberá, certamente, aos intelectuais orgânicos comprometidos com a democracia, a missão de demonstrar à sociedade os sintomas desta profunda crise de legitimidade e tentar encontrar mecanismos jurídicos no sentido de realizar a descentralização legislativa no sentido de viabilizar a participação popular nos procedimentos decisórios da administração.

A ausência de legitimidade dos poderes constituídos faz recair no judiciário uma enorme responsabilidade, na medida em que o seu dever é o de adequar as normas administrativas, eivadas de eficácia mínima, para torná-las consentâneas com os princípios e normas constitucionais.

O controle judicial das normas administrativas assume índices bastante elevados se levarmos em consideração as atividades do executivo da administração direta e da administração indireta.

O gigantismo estatal tanto do Poder Executivo como do Poder Legislativo impele que o Poder Judiciário esteja investido de verdadeira autoridade que o torne um “terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o levianesco administrador”. (CAPPELLETTI, 1999b: 47).

---

<sup>45</sup> Na nota de rodapé de n. 68, CAPPELLETTI faz a referência da fonte: KOOPMANS, T. Legislature and Judiciary. Present Trends, em New Perspectives. Nota 38, pág. 315

O Estado Moderno deve, a nosso ver, reconhecer que o juiz moderno não pode limitar-se aos conflitos de direito privado, nem a julgar crimes comuns, quando há uma evidente deterioração do poder legislativo e administrativo [...] *com riscos de autoritarismo, lentidão e gravosidade, de inacessibilidade, de irresponsabilidade, de inquisitorialidade policialesca* (CAPPELLETTI, 1999:49)

O montante de poderes que deve o judiciário estar investido não implicará em abuso se considerarmos que se trata de um poder cujas decisões dependem de uma exegética interpretação, de formulação clara e transparente e porque, pela própria natureza de sua função, se trata de um ramo menos perigoso. Se tudo isto não bastasse, o procedimento judicial depende de provas inequívocas, deve ser acompanhado pelas partes litigantes, pelos advogados, pelos membros do Ministério Público, cabendo quase sempre uma nova revisão por um tribunal superior. Todavia, o magistrado deve ser, sobretudo, um homem altamente preparado intelectualmente e com firmeza de caráter.

Em casos especialíssimos, dispõe o magistrado da prerrogativa de nomear peritos em função da especificidade do caso e da especialidade do conhecimento. Evidentemente o magistrado não estará adstrito às conclusões do perito, uma vez que a livre convicção é do magistrado e não do perito. Isto quer dizer que, tendo as partes, por seu turno, liberdade de também nomear “peritos”, que na hipótese são denominados “assistentes”, o magistrado pode optar por um laudo divergente ou de parte dele.

Todas essas sistemáticas servem para demonstrar o comprometimento das decisões judiciais com mecanismos processuais legais imprescindíveis para garantir a igualdade das partes e o *due process of law*.

Contudo, a questão da legitimação democrática está, a nosso ver, na sua necessária independência em relação aos grupos políticos e em relação aos demais órgãos do poder, como estabelecem as modernas constituições democráticas.

A legitimidade encontra apoio, ainda, na capacitação intelectual do magistrado, como intelectual, conhecedor não só das leis, mas da realidade social, política e econômica. Nesta dimensão, vários princípios e normas fazem desse conhecimento uma presunção, a

exemplo do princípio *da mihi factum, dabo tibi jus*<sup>46</sup>, bem como os dispositivos legais que impelem os juízes a decidir independentemente de norma escrita, a exemplo do vigente art. 126 do Código de Processo Civil brasileiro: *O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.*

O Ministro do Tribunal do Superior Tribunal de Justiça, do Brasil, instância abaixo do 'Supremo Tribunal Federal', mas acima de todos os outros tribunais estaduais, atento ao *Welfare State*, assim recomendou: *A interpretação das leis não deve ser formal, mas sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil (...) Se o juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando "contra legem", pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum.*<sup>47</sup>

A lei, como se vê, coloca uma bússola, um norte à interpretação judicial e esse é, exatamente, o *bem comum*, operando o sentido intrínseco da atividade judicante.

Se há o risco de uma perversão do juiz, quando este torna-se *político* no sentido partidário, não há como não reconhecer que sua função seja eminentemente política quando há uma diretriz legal que o impele a decidir tendo sempre em frente *o bem comum e os fins sociais a que a lei se destina*.

Cappelletti, verificando a necessidade dos juízes saírem dos limites estreitos das questões particulares, traz à baila fatos históricos ocorridos na justiça norte-americana a partir da época do New Deal, os quais entende terem fornecido importante lição: *Até naqueles países em que os tribunais judiciais ordinários jamais abandonaram a missão de proteger o cidadão em face também do estado – não se limitando, portanto, ao papel de proteção dos cidadãos nas relações entre si - os magistrados desses tribunais demonstraram freqüentemente ser péssimos juízes, justamente no domínio escaldante da legislação social e da atividade administrativa atinente às tarefas de welfare.* (CAPPELLETTI, 1999b:50/51).

<sup>46</sup> Tradução livre: Dá-me os fatos que te darei o Direito

<sup>47</sup> Esta ementa encontra-se no Código de Processo Civil brasileiro de Theotônio Negrão, na nota 126.1 a, 1998. 26 ed. São Paulo: Saraiva, pág. 171.

As tarefas desses juízes limitavam-se ao direito civil ou ao direito penal, sem nenhuma atenção aos comandos constitucionais e legais dos sociais e individuais, nem às garantias consagradas nas “Declarações dos Direitos do Homem”, etc. A postura destes intelectuais, recomendada pelos estados modernos do “*welfare*”, é no sentido de que estejam atentos às grandes transformações da sociedade, capacitando-se para compreender as complexas situações da vida, dando mais atenção às normas e princípios promocionais e programáticos.

As acomodações ao formalismo, o grande número de processos para cada juiz decidir, a falta de incentivo ao estudo por parte dos tribunais e o total desconhecimento da sociologia são, a nosso ver, ponderáveis causas da desatenção às novas áreas de conflitos e aos novos direitos.

Situação talvez mais importante para demonstrar a falta de sensibilidade de muitos magistrados para com o *Welfare* seja um distanciamento que mantêm em relação ao povo e aos movimentos populares, além de “*excessivamente acomodados à concepção “contenciosa” ou “adversary” na solução de conflitos – com procedimentos, por sua vez, demasiadamente formalísticos, lentos e caros, e como denunciou Roscoe Pound, em fins de 1906, “impopulares” – para, com o sucesso, serem capazes de estender sua função às novas áreas de conflito que estavam se expandindo como mancha de azeite.* (CAPPELLETTI, 1999b:51).

A morosidade da Justiça, todavia, decorre, a nosso ver, não só do formalismo que tem caracterizado os códigos que regulam os procedimentos nos fóruns e tribunais, mas sobretudo pelo excesso de *recursos* ou formas de transferir aos órgãos superiores da Justiça a revisão das decisões chamadas *interlocutórias*.

Certamente, são várias as causas da morosidade da Justiça, servindo, as hipóteses acima, apenas para apontar as prováveis. No entanto, é possível que haja outras, muito mais ponderáveis e que, de certa forma, não se situam no aspecto puro e simples da formalidade da lei, nem ao amor excessivo ao formalismo, mas no comportamento das partes do processo e de seus advogados.



Apenas para nos fixarmos na experiência brasileira, embora não haja ainda um estudo aprofundado das causas da morosidade da Justiça, certamente o grau de ações eivadas de “litigância de má-fé” e de não preenchimento dos requisitos de *interesse e legitimidade*, (CPC, art. 3º –Lei 5.869, de 11.01.73), ajudem a formar um diagnóstico deste grande problema que afeta a vida social.

Grande parte das ações na Justiça decorre de algum tipo de pedido de indenização. Para nos fixarmos ainda no caso brasileiro, nos “delitos do automóvel”, raramente os causadores do delito reconhecem a sua culpabilidade, preferindo recomendar à vítima do prejuízo que “vá bater nas portas da Justiça”, já contando com a morosidade da Justiça, para cuja “enfermidade” está também dando sua deplorável contribuição.

Apesar da ordem jurídica colocar à disposição dos juízes formas de coibir vários tipos de abusos, têm eles se utilizado delas com muita parcimônia, preferindo ignorar as constantes reclamações das partes lesadas, quer por amor reverencial, quer para evitar conflitos diretamente com os profissionais que diuturnamente militam em seus gabinetes.

A *enfermidade* da Justiça decorre, ainda, do grande número de leis casuísticas que procuram apressada e levianamente, resolver de qualquer forma questões emergenciais ou algum reclamo social.

A complexidade da vida moderna é, contudo, a grande responsável pela grande avalanche de leis, fazendo com que os estados modernos se agigantem, formando o *Big Government*. Para resolver tão grande número de relações jurídicas que se vão formando, os Estados nacionais procuram atenuar os males da “enfermidade” criando tribunais administrativos e alguns tipos de justiças de rito sumário, munidas de juízes laicos que, em certa medida, desafogam as demandas judiciais.

Estes juizados *especiais*, de pequenas causas, administrativos e tribunais de impostos e taxas, além de outros, têm suas decisões muitas vezes revistas pelos juízes profissionais, circunstância que vem comprovar a enorme tentativa de dar efetividade ao enorme repertório de leis que, causticamente, Cappelletti denomina *poluição jurídica*.

Por todas essas *enfermidades* urge que a Justiça, para cumprir os compromissos com a modernidade jurídica, se aparelhe com profissionais cultos e organicamente comprometidos com a construção do *welfare*, da ética e da cidadania.

Visto desta forma, especialmente em relação ao *estado gigante* ou *Big Government*, verifica-se a necessidade de construir um Poder Judiciário com autoridade de controlar o *legislador mastodonte* e o *levianesco administrador* como já nos referimos, especialmente em nome da “*própria sobrevivência da liberdade nas sociedades modernas*”.

Nesse sentido, Alessandro Pekelis entende que o controle dos demais poderes, pelo Judiciário, é necessária e compatível com a própria essência dos regimes democráticos.<sup>48</sup> A experiência histórica tem demonstrado que os erros do passado devem ser evitados tanto quanto os valores da civilização devem ser mantidos, ao mesmo tempo em que novos direitos podem surgir, como aqueles a que nos referimos quando se falou da questão ambiental.

Os valores éticos mais amplos da sociedade adquirem cada qual um grau de importância, na medida em que mais se aproximem ou distanciem do que a civilização registrou como necessário à manutenção da vida humana e da dignidade do ser humano, em torno do qual devem convergir todas as coisas.

Neste quadro, os direitos fundamentais do homem ou o *Bill of Rights* vêm sendo incorporados diretamente nas constituições democráticas da modernidade ou incorporados pela ordem jurídica através de tratados internacionais.

O catálogo dos direitos fundamentais constitui um limite ético básico, fundamental contra eventuais abusos ou perversões de governos ditatoriais e foi alinhavado como reação às atitudes desumanas verificadas por regimes políticos nada democráticos que conduziram o mundo à Segunda Guerra mundial.

A incorporação desses direitos fundamentais nas constituições modernas, seja por via originária, seja porque o país é signatário das Declarações do Direito do Homem, tem contribuído de forma decisiva para o aperfeiçoamento das instituições democráticas. Uma vez

---

<sup>48</sup> CAPPELLETTI faz uma referência elogiosa à obra de Alessandro Pekelis: *The Case for a Jurisprudence of Welfare*, recolhido no volume *Law and Social Action. Selected Essays of Alexander H. Pekelis* (M.R.Konvitz, ed. Ithaca and New York, Cornell University Press, 1950).

elevados estes valores éticos à categoria de bens jurídicos, porquanto protegidos pela ordem jurídica, o legislador infra-constitucional viu-se obrigado a garantir tais direitos em todas as normas legais e, o magistrado, a dar eficácia plena a tais garantias em seus julgamentos.

Embora haja opiniões que negam seu efeito vinculante, tal posição não tem sido defensável se considerarmos que tais direitos e garantias constituem a fronteira entre o ético e o não ético, entre o consenso e o arbítrio, entre o lícito e o ilícito, entre a democracia e a ditadura, entre a vida e a morte.

Independentemente de se questionar sejam tais princípios auto aplicáveis ou não, a criatividade do juiz tem sido uma função inevitável, posto que decorre das características e exigências fundamentais do mundo moderno: o legislador tornou-se impotente para prever e prover a cada dia todos os fatos novos, sendo o juiz convocado a cada dia pelo conjunto da sociedade para dizer qual o direito, especialmente nos casos em que a lei é omissa.

O Poder Judiciário tem, como se vê, uma função fundamental na construção e na re-construção permanente da democracia. Se por um lado lhe é dado resolver os conflitos de interesse nas relações particulares e ainda exercer a jurisdição penal, tem o dever de garantir e de dar plena eficácia aos preceitos constitucionais, seja controlando os demais poderes, seja garantindo os direitos políticos, civil e humanos de todo cidadão, contra qualquer tentativa por parte do Estado de sua violação.

Estando a cargo dos juízes tamanha responsabilidade, é de se indagar se, para cumprir sua missão constitucional, estariam autorizados a agir até mesmo como legisladores. Para Lord Diplock, em sua obra "Holdsworth Lecture", os juízes, se assim o fizessem, não estariam desvirtuando a natureza de sua função.

Cappelletti refuta tal assertiva. Isto porque, embora sejam chamados a esclarecer, integrar, plasmar e transformar o direito, tal prerrogativa não os coloca na condição de legisladores, face às diferenças essenciais existentes entre os processos legislativo e judicial.

## 2.3 Debilidades e Virtudes da Atividade Judicial

Embora o resultado final redunde na criação de um direito substancial, desde que o efeito da decisão seja *erga omnes*, o procedimento de formação do direito é, como visto, bem diferente.

Cabe destacar que a visão geral apresentada por Cappelletti é predominante nos sistemas jurídicos modernos, posto que o poder do juiz, ao criar a norma através de sua decisão, autoriza-lhe ser criativo, dinâmico e até ativista, mas isto lhe é defeso fora dos cânones da ordem jurídica de forma específica. O juiz que venha a adotar mecanismos próprios do legislador deixaria de ser juiz.

Para esta postura mantenedora do “*statu quo*”, o que faz um juiz ser juiz e um tribunal um tribunal não é a criatividade, mas dentre outras exigências, é a independência em relação à controvérsia e o óbice de, por conta própria, fazer desencadear o primeiro impulso processual. Por outras palavras:

- a) *conexão da sua atividade decisória com os “cases and controversies” e, por isso, com as partes de tais casos concretos, e*
- b) *a atitude de imparcialidade do juiz, que não deve ser chamado para decidir “in re sua”, deve assegurar o direito das partes a serem ouvidas (“fair hearing”), (...) e deve ter, de sua vez, grau suficiente de independência em relação às pressões externas e, especialmente, àquelas provenientes dos “poderes políticos.” (CAPPELLETTI, 1999b: 74/75).*

A história do Direito, formadora da experiência jurídica, já havia consagrado, na fase da *justiça natural*, portanto, bem antes do “*Common Law*”, regras da maior importância que perduram até hoje através de alguns aforismas latinos, válidos como princípios basilares: *nemo iudex in causa propria* e *audiatur et altera pars*.

Como primeira regra, o juiz deve ser imparcial em relação a qualquer das

partes, posto que não lhe deve interessar quem sairá vitorioso com o resultado final da decisão, devendo decidir com independência e, por isso, a total impossibilidade de ser juiz em causa própria, vale dizer, até nas hipóteses em que, indiretamente, tenha um mínimo interesse. Esta regra é um comando à consciência do julgador que, verificando qualquer situação que venha a ocorrer, deve declarar-se impedido previamente, ou, pelo menos, tão logo constate o impedimento.

Para a segunda, há o juiz de garantir o contraditório, ouvindo as partes com imparcialidade, proporcionando a mesma oportunidade para ambas as partes do processo e seus advogados. As próprias regras processuais visam, em última instância, a estabelecer igualdade de condições para ambos os lados da demanda, com oportunidades iguais de provas, manifestações e recursos. Este procedimento encontra-se sob a vigilância das partes e seus advogados, do órgão do Ministério Público, dos Tribunais e da própria sociedade.

Um terceiro aforisma que está implícito nos dois primeiros, é o da regra: "*Ubi non est actio, ibi non est jurisdictio*" ou, da mesma forma, "*nemo judex sine actore*". Se quisermos acrescentar ainda um outro aforisma que de igual modo revela a mesma ideia, temos: *Ne procedat judex ex officio*.

Para este terceiro grupo de aforismas (que se equivalem), a atitude do juiz, quanto à iniciativa do processo, deve ser de passividade, isto é, não pode tomar a iniciativa do processo, posto que isto também é condição reveladora de sua independência, sem a qual está impedido de exercer a jurisdição. Quem deve bater às portas do Estado-Juiz é o outro, aquele que vai bater às portas da Justiça, visando à tutela jurisdicional para proteger, ou direitos subjetivos próprios, ou da sociedade.

Estes limites na forma de criar o direito pelos juízes são, na verdade, limites fundamentais e garantia de sua legitimidade. Todas estas imposições legais são, na verdade, o que faz o juiz ser diferente do legislador.

Ninguém, certamente, se escandaliza ao ver o processo de formação da lei nas assembléias legislativas, envolvido por precedentes e emocionados discursos a favor de uma classe ou um grupo, visando, por exemplo, a isenções de impostos a grupos econômicos internacionais da indústria automobilística, sem que se dê a mesma oportunidade às demais

indústrias do ramo, ou sem a garantia de um número compensador de empregos aos nacionais.

Como também ninguém se escandaliza se não for dada oportunidade de defesa a segmentos da sociedade cujo projeto de lei lhes é contraposto, como por exemplo, as demais indústrias automobilísticas, ou, ainda, que a iniciativa do projeto não tenha sido do grupo interessado e sim do próprio parlamentar ou partido.

Embora muitos países tenham inserido no procedimento legislativo, órgãos de estudos dos pré-projetos de lei, a exemplo das comissões de *Direito Constitucional*, de *Economia*, de *Direitos Humanos*, etc., como acontece no Brasil, têm elas funções fundamentalmente técnicas, quando se trata de oitivas de técnicos e pareceres de cientistas.

A oitiva de grupos interessados, mesmo contrários, decorre muito mais de uma retórica do que de saneamento ético, a exemplo do recente projeto de lei para a construção da Hidrovia Paraná-Paraguai, pelo Brasil, quando são ouvidas as populações ribeirinhas ou ONGs.

A atitude de parcialidade dos partidos políticos decorre, no atual estágio da democracia na modernidade, da forte vinculação orgânica dos partidos políticos com certos segmentos da sociedade ou grupos econômicos aos quais representa, ou estão, na expressão de Gramsci, vinculados organicamente como *intelectuais coletivos*.

Isto não significa, contudo, uma degeneração, pois temos que nos conscientizar de que os parlamentares não se desvinculam dos seus respectivos partidos com a posse e exercício do poder legislativo. Assim, não estão obrigados a agir em nome da maioria, se bem que isto deveria ser uma constante, se considerarmos que a luta partidária é a luta pela própria hegemonia.

Outra diferença que deve ser sublinhada entre os dois sistemas de formação de regras é que, no processo de criação da lei, o legislador não necessita, ordinariamente, da iniciativa da parte interessada, exceção feita às matérias específicas, cuja iniciativa deve partir dos demais órgãos do Estado, por prerrogativa constitucional específica.

O que distingue, portanto, uma norma criada numa decisão judicial que

reconhece, por exemplo, a um cidadão estrangeiro o “*status*” de nacional, de uma norma legislativa conferindo o mesmo *status* de nacional a outro cidadão, é o processo de formação de cada uma porque, em substância, o direito é o mesmo.

Quando os tribunais, além de competência decisória, têm ainda competência consultiva, como ocorre nos Estados Unidos e outros países, quer quando chamados a emitir parecer, quer quando promulgam directivas gerais em tema de interpretação vinculante e sem qualquer vinculação com o caso concreto, estão no caso com competência também legislativa, se considerarmos que estão a emitir um comando legal “*erga omnes*”, isto é, estão inserindo na ordem jurídica normas gerais e abstratas.

Quando o Poder Legislativo exercita a prerrogativa de julgar os membros do próprio poder através, por exemplo, de uma comissão parlamentar de inquérito, e declaram a culpabilidade para encaminhar a decisão para cassação, estão, no caso, com competência judicante.

Entende Cappelletti que, nos países do “*Common Law*”, as decisões dos tribunais que ultrapassam o pedido, isto é, que decidem *ultra petita*, com o intuito de vincular “*erga omnes*”, suas decisões (*dieta*), por serem gerais e abstratas e não necessárias para decidir o caso concreto (*case and controversy*), o “*dictum*” se reveste de natureza legislativa (cf. CAPPELLETTI, 1999b:91).

Nosso entendimento, contudo, não é coincidente neste sentido. Mesmo as decisões dos tribunais que tenham efeito *erga omnes* são caracterizadas pela *generalidade e abstração*, não assumindo natureza legislativa, a menos que tenham origem em atos de natureza puramente legislativa, como na emissão de resoluções, portarias, decretos por delegação, etc.

Verificados os limites substanciais e processuais da função jurisdicional, e verificado que são os segundos que apresentam a característica essencial, isto é, o elemento distintivo da norma jurisdicional em relação aos demais órgãos criadores de comandos normativos, há limitações, presumidas ou verdadeiras, da criação judiciária do direito, no sentido de *debilidades ou enfermidades* práticas.

Vejamos a primeira:

Uma vez verificado que o juiz deve ser imparcial, no sentido de que não pode ter interesse no resultado da decisão, devendo, para tanto, obedecer a todos os ritos e formas processuais, sua imparcialidade decorre de uma presunção legal e, como tal, é admissível prova em contrário. Assim, a lei cria uma obrigação de não fazer; exige uma atitude omissiva, de passividade quanto ao momento de fazer desencadear a relação jurídica processual. Vale dizer, para desencadear o processo, necessita ser provocado, não lhe cabendo, jamais, a iniciativa da demanda.

Uma vez desencadeado o processo judicial, aí sim deverá dar andamento, e seu trabalho, que só terá forma e figura de juízo, se forem dadas as mesmas oportunidades para as partes litigantes (*fairness*), posto que toda atitude processual do juiz deve refletir sua imparcialidade, neutralidade e distanciamento, por dever colocar-se fora de qualquer interesse.

Uma vez feitas tais constatações, podemos ser levados a concluir que a fragilidade da decisão está na questão procedimental e não na substancial. As limitações, contudo, estão apenas indiretamente vinculadas à natureza da função jurisdicional, apresentando Cappelletti aquelas que lhe parecem mais relevantes para demonstrar sua tese.

O acesso às leis processuais, pelo cidadão normal, é mais difícil, por revestirem-se tais normas com características bastante técnicas. O conhecimento do direito nascido nos tribunais apresenta, muitas vezes, termos bastante específicos, circunstância que dificulta ainda mais o processo de compreensão pelo cidadão não afecto às questões jurídicas.

Aliado a tudo isto, não é comum a divulgação do direito judicial na mídia, embora haja sempre uma publicação de “ementas” nos diários oficiais.

Embora o chamado *direito judiciário* seja uma constante nos países que adotaram o sistema do *Common Law*, há também, nos países de sistema *Civil Law*, ou direito legislativo, áreas do direito em que as decisões têm carácter *erga omnes*, portanto, de um *direito judiciário*. No Brasil, por exemplo, as decisões dos tribunais do trabalho e da



justiça eleitoral têm efeito vinculante por força de lei.

Outra hipótese de decisão judicial da-se com as declarações de inconstitucionalidade dos tribunais constitucionais que, no caso específico do Brasil, é prerrogativa do Supremo Tribunal Federal nas hipóteses de dar efeito *erga omnes*.

O acesso ao direito legislado apresenta-se, por outro lado, com mais facilidade de acesso e de compreensão, especialmente quando codificado, como se esperava já nas primeiras codificações da modernidade: *Embora existisse, sem dúvida, forte dose de ingenuidade na pretensão que se seguiu às grandes codificações nacionais do século XIX — e também em codificações bem mais antigas, como a de Justiniano —, de saber dar ao direito uma formulação simples, clara, completa, sistemática e acessível para todos, essa grande utopia não ocorreu sem alguma justificativa.* (CAPPELLETTI, 1999b:83).

Com o avanço do direito legislado, o direito judiciário passou a ser, com frequência casual e, ao mesmo tempo, casuístico, eis que a necessidade de preencher omissões da lei depende da ocorrência de algum caso concreto e, assim mesmo, como vimos, mediante provocação.

Não obstante as normatizações judiciais com frequência venham integradas ao direito legislado, a fundamentação, que antecede a parte decisória, vem, comumente, repleta de referências a fontes jurisprudenciais, muitas vezes conflitantes entre si e de difícil compreensão para os leigos.

Há uma razão para esta complexidade. Dados novos da realidade surgem a cada momento, afectando, muitas vezes, as relações sociais. Quando estes fatos são previstos em alguma norma jurídica, passam a ser denominados fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos.

Embora não seja o fato que crie o Direito, é do fato que nasce o Direito, posto que é ele que faz desencadear a norma jurídica que, até então, para as partes da relação jurídica, era geral e abstrata, pairando sobre todos indistintamente e a nenhum em particular. Basta verificar as infinitas ocorrências de conflitos de interesses não resolvidos

amigavelmente para se concluir a existência de volumoso repertório de processos e de jurisprudências emanadas dos tribunais diariamente. Estas decisões são publicadas em numerosas revistas especializadas, de acordo com a natureza jurídica, de difícil consulta para os leigos, face, inclusive, à forma de sua racionalização: - esta é a primeira “*enfermidade ou debilidade*” do direito jurisprudencial.

Ainda que se possa objetar que o Direito legislado não seja completo, apresentando também ambigüidades, necessitando na maioria das vezes de interpretação e que por tudo isso é inacessível às camadas menos privilegiadas, na verdade o direito jurisprudencial tem-se mostrado em certa medida, pelas razões acima, de mais difícil acesso aos cidadãos do que o direito legislado. Contudo, a favor da acessibilidade ao direito judicial, há ponderáveis argumentos. A mencionada enfermidade tem sido atacada por remédios eficazes que, se de um lado, não possibilita a cura, pelo menos ameniza a enfermidade:

- a) os ordenamentos jurídicos, com a adoção do vínculo do precedente(*stare decisis*), como as *jurisprudências*, as *súmulas*, os *acórdãos*, as *portarias judiciais*, etc., viabilizaram em grau e forma infinitamente maior, a possibilidade de se encontrar a vontade da lei, com base nesses vínculos precedentes;
- b) a assistência judiciária gratuita, através de defensores públicos, viabilizou o acesso à Justiça aos mais necessitados, viabilizando, por conseguinte, o acesso às garantias e direitos individuais e coletivos;
- c) o eficiente sistema de coleções das decisões por revistas, disquetes ou CDs de computadores e ainda a *internet* viabilizam o acesso ao conhecimento do direito judicial;
- d) a criação judiciária abarca maiores princípios de justiça do que o direito legislado, sendo capaz de prever mais hipóteses de direito social, posto que *tem certamente um potencial de flexibilidade, de concretude e de adaptabilidade às circunstâncias imprevisíveis do caso, maior em princípio do que o do direito legislativo, do que a regra geral do direito legislado*; (CAPPELLETTI, 1999b:85);

- e) o direito judicial é capaz de normatizar as condutas num mundo de rápidas e profundas transformações social, econômica, sem necessidade de se convocar o Poder Legislativo para legislar para cada caso novo;

Vejamos a segunda:

*A segunda limitação, conexa de qualquer modo com a primeira, consiste no fato de que se atribui normalmente eficácia retroativa às decisões judiciais, mesmo quando criativas. Efetivamente, a nova "doutrina" jurisprudencial aplica-se usualmente também a fatos e situações ocorridas anteriormente. A criatividade jurisprudencial tendo, portanto, efeito retroativo, fica em conflito com os valores da certeza e da previsibilidade; e enquanto tal, é também "iníqua", pois "colhe a parte de surpresa". (CAPPELLETTI, 1999b:85)*

Os argumentos a favor do juiz criativo também são aqui bastante fortes. Se, por um lado, há um déficit no plano da "certeza e da previsibilidade", o direito jurisprudencial oferece possibilidade maior de se dar maior peso à equidade e à justiça do *caso concreto*. Uma norma legislada de forte eficácia coercitiva, quando eivada de evidente injustiça, não teria valor absoluto.

Para que o juiz profira boas sentenças, é importante que a lei já carregue, dentro de si, todos os princípios de equidade e de justiça que o caso requer. Uma lei injusta, certamente necessitará de bons juízes para proferir boas sentenças.

O direito judicial, pela característica de poder ser revisto a qualquer momento, sempre terá oportunidades mais rápidas de corrigir eventuais injustiças, evitando consequências danosas e iníquas aos cidadãos.

Para Cappelletti:

*A regra, segundo a qual o novo "precedente" aplica-se também a fatos e atos anteriores à própria decisão, não constitui característica essencial do processo jurisdicional. Essa regra é, sobretudo, a consequência da ficção jurídica, segundo a qual os tribunais*

*limitar-se-ão a declarar o direito já existente. Mas, enfim, é tempo de pensar se não é caso de lançar aos refugos dita ficção* (CAPPELLETTI, 1999b: 86).

Mesmo um intolerante opositor da criatividade judicial como Lord Devlin, já referido, reconhece que a objeção em relação à “retroatividade” deve ser razoável, devendo ser levado em consideração que a decisão nunca vem sem aviso prévio.

Vejamos a terceira:

A terceira e mais importante limitação ou *debilidade* do direito judiciário apresentado por Cappelletti, é aquela que, segundo ele, deve ser vista com a maior seriedade.

*Ela foi reconhecida, a juízo de muitos, na possível “incompetência institucional” da magistratura para agir como força criadora do direito. Segundo essa opinião, o juiz seria um caprichoso criador do direito, pessimamente equipado para a tarefa. Seria ele, enfim, na sarcástica definição de Lord Devlin, “um legislador aleijado” .* (CAPPELLETTI, 1995b:86/87)

Os argumentos apresentados contra a criação do direito pelos juízes são de diversas ordens. Podemos apresentar uma síntese:

- a) os tribunais não dispõem de instrumentos para a criação de novos direitos, posto que muitas vezes, exigem-se conhecimentos especiais, sem os quais não é possível prever como os fatos podem ocorrer;
- b) os juízes não estariam em condições de se envolver em investigações, cujas leis, nem os precedentes lhes informam como podem ocorrer, envolvendo problemas complexos e dados sociais, econômicos e políticos que demandam informações através de recursos financeiros;
- c) o parlamento e os ministérios estão melhor aparelhados técnica e financeiramente para determinar pesquisas, toda vez que isto for necessário;
- d) os juízes, pela natureza da função, estão obrigados a se reportarem a

promotores e advogados que, por compromisso profissional, estão vinculados a seus clientes, estando interessados, por conseguinte, na decisão;

- e) os recursos dos juízes são sempre escassos;
- f) a escolha dos juízes são discricionárias (*piecemeal*) e, por isso, resulta numa escolha política também causal;
- g) a visão do juiz é limitada, posto que os casos decididos decorrem de casos concretos isolados, mesmo que tais casos tenham amplo interesse social, como a reforma dos presídios, sendo por conseguinte tratados fora do contexto político, social e econômico em que poderiam se inserir;
- h) toda vez que os juízes criam o direito, especialmente de carácter político, não dispõem de meios para apreciar o resultado, nem de meios para assegurar a execução;
- i) os juízes, especialmente dos tribunais, são homens de mais idade e, por natureza, são mais tradicionais, não aceitando facilmente a evolução de um mundo em rápida transformação.

A despeito de todas estas *enfermidades*, Cappelletti entende que os juízes devem se conscientizar dessas circunstâncias, lembrando que *'orgia' de criatividade judiciária, como a lamentada em anos recentes nos Estados Unidos por Donald L. Horowitz e numerosos outros estudiosos, não seria menos perigosa do que a "orgia" de legislação, da qual falei anteriormente. Também é certo, contudo, não faltarem casos e domínios da vida jurídica em que o tipo de conhecimentos, instrumentos e recursos, dos quais o juiz pode dispor, mostra-se perfeitamente adequado para funções de razoável criatividade judiciária. Por outro lado, a gravidade do problema muitas vezes pode ser atenuada mediante o recurso ampliado a pareceres técnicos ou perícias à intervenção de terceiros no processo — também com finalidade proeminentemente informativa, a exemplo do "amicus curiae brief" e outras formas análogas — e o emprego de expertos como membros laicos de órgãos judicantes* (CAPPELLETTI, 1999b:88/89).

Os poderes políticos na direção do Estado na modernidade, têm a missão de arrecadar os tributos e de fazer o orçamento em conformidade com a Constituição, com as leis e com as locações de recursos definidos pelos órgãos competentes.

O Estado, como se sabe, para fazer frente às complexas necessidades da administração pública e às políticas sociais, não cria riquezas, mas vai buscá-las na sociedade civil, no mundo da circulação da riqueza onde elas são produzidas.

Com o monopólio do exercício da força<sup>49</sup>, dispõe dos meios legais necessários para fazer valer a “justiça contributiva”, quando o contribuinte se mostra pusilânime, no seu dever, de contribuir com sua parte, pelo bem comum.

Os poderes *políticos*, por sua vez, têm o dever de fazer a “justiça distributiva”, dentro do primado da legalidade e da moralidade pública, com todos os princípios que regem o direito administrativo. Neste sentido, apesar de dispor de técnicos e cientistas em todas as áreas do conhecimento, e dos meios materiais para contratá-los, colocando à disposição todos os instrumentos de pesquisas, os poderes “políticos” têm-se demonstrado *uma notável dose de incompetência institucional*, a começar, por exemplo, no chamado *domínio do direito econômico*.

O Estado, embora regido por normas e princípios dotados de grande racionalidade, é vulnerável aos desequilíbrios de seus representantes, movidos muitas vezes por fatores de ordem emocional, tomando, quase sempre, medidas demagógicas, casuísticas, realizando projetos sem um prévio estudo de viabilidade e valoração *de custos e benefícios*. Sabemos que o patrimonialismo tem impedido a afirmação de uma racionalidade jurídica moderna.

Verificado o problema por este ângulo, que sem dúvida não é despido de grande importância, visto que o orçamento diz respeito ao interesse nacional, pode-se concluir que, nesta esfera, os juízes não estariam sujeitos a tais “enfermidades”, porque não dependem de publicidade para manter sua atividade profissional, nem da *genérica demagogia eleitoral de caça de votos* a que os políticos estão inexoravelmente ligados.

---

<sup>49</sup> Lembra ROCHA (1995), que *Alterações na estrutura e função do direito repercutem também na hierarquia das fontes do direito, implicando o desaparecimento do princípio da supremacia da lei, substituída pelas providências legislativas do Executivo e seus órgãos de política econômico-social, dos quais emanam as resoluções, medidas provisórias, etc., muitas vezes mais eficazes do que as leis.[...] Isto quer dizer que, no Estado social, o Judiciário deixa, em parte, de ser um “sereno” árbitro dos conflitos sociais para assumir a posição de partícipe da realização das políticas estatais, aplicando não só a lei geral e abstrata elaborada pelo Legislativo com o fim de manter o “statu quo”, como também as normas técnicas e de planificação formuladas*

A construção do Poder Judiciário, na forma que foi concebida na modernidade, como um dos três órgãos da soberania, ao lado dos outros dois, numa relação de independência e harmonia, talvez seja uma das fórmulas mais felizes concebida pelo gênero humano para a garantia da democracia e das liberdades públicas, não deixando os que mandam, sem um controle efetivo, nem os que obedecem, desprotegidos.

*Por isso, também é previsível um gradual processo de adaptação do judiciário, no sentido de que desenvolva maior “competência institucional”, a fim de saber responder às novas exigências que se lhe estão impondo, processo este que, como vimos, já está em curso na realidade. Esse processo, de outra parte, não será e nunca deverá ser levado a ponto de suprimir as profundas diferenças institucionais existentes entre os órgãos judiciários, de um lado, e os assim chamados ramos políticos de outro. E depois não está inteiramente demonstrado que todas essas diferenças representem verdadeiramente uma debilidade de tais órgãos. A “impotência” relativa dos tribunais “de executarem a sua vontade”, por exemplo, é vista por alguns como “uma fonte de força”, antes que de fraqueza, pois induz os juízes a “comandar convencendo, em vez de constrangendo” (CAPPELLETTI, 1999b:90)*

A maior “competência institucional” e autônoma por parte dos operadores do Direito<sup>50</sup>, especialmente dos juízes é, portanto, uma exigência da garantia da própria democracia.

O convencimento, com base na fundamentação racional e jurídica, é um dos requisitos de toda decisão. O magistrado, como intelectual orgânico comprometido com o seu dever institucional de defender a democracia, não deixa de passar por elementos “culturais, intelectuais e morais”, portanto, não só econômicos e políticos.

Neste contexto, a assertiva de que os juízes são, por natureza, conservadores,

---

pelos órgãos tecnocráticos do Executivo, tendo por escopo interferir no curso da realidade para criar novas situações econômico-sociais. (p.133).

<sup>50</sup> A revista *VEJA*, de 10 de janeiro de 2.001, publicou à página 47 uma ampla reportagem sob o título *Mordança de novo. Pela terceira vez, o governo tenta conter a atuação desabrida dos procuradores*, destacando-se que *No início do ano passado, o governo voltou à carga, enfiaando a punição no âmbito da reforma do Judiciário, mas a idéia novamente não vingou. Agora, com uma medida provisória, o governo criou multa que chega a até 151 mil reais contra os procuradores, e outros agentes públicos, que peçam a abertura de ações consideradas infundadas contra autoridades públicas.*

não é de todo verdadeira. O conservadorismo não é uma questão intrínseca da profissão, mas uma questão, a nosso ver, precedente, como já vimos anteriormente. A visão de mundo de cada um decorre de inúmeros fatores, inclusive do tipo de escola que frequentou: crítica, filosófica e positivista ou somente positivista, do tipo de escolha nos concursos, etc.

Cappelletti tem verificado que as cortes superiores têm-se mostrado, em muitos países, pouco sensíveis às finalidades sociais, tipicamente perseguidas pelo moderno *Welfare State*.(CAPPELLETTI, 1999b). O grande número de juízes togados ou profissionais selecionados nas duas últimas décadas, nos mais diversos tribunais, com formação mais crítica da realidade, têm servido para uma mudança de mentalidade.

No Brasil, por exemplo, um dos requisitos para o ingresso na magistratura é que o candidato tenha exercido a advocacia pelo prazo mínimo de dois anos. Isto ocorre na maioria dos Estados da Federação. Esta exigência tem contribuído para revigorar uma posição dos então profissionais da advocacia contra o excesso de formalismo, dando uma atenção maior às finalidades sociais.

Outro exemplo contra o formalismo e às concepções científicistas do direito foi o *movimento pelo uso alternativo do direito* ocorrido a partir dos anos setenta na Europa, especialmente na Itália e Alemanha. No Brasil, este movimento tomou força principalmente na década de noventa, dentre os magistrados do Estado do Rio Grande do Sul.

Cabe lembrar que o *uso alternativo do direito* nasceu não só como uma reação às concepções científicistas e formalistas, mas principalmente por uma concepção marxista do direito que toma como tese fundamental o caráter ideológico e político do direito.

Lord Devlin, fazendo coro aos críticos do poder criativo dos juízes diz que *é grande a tentação de reconhecer o judiciário como uma elite capaz de se desviar dos trechos demasiadamente embaraçados da estrada do processo democrático (...)* (CAPPELLETTI, 1999b:93). Cappelletti rebate esta crítica aduzindo que *a história prova, efetivamente, que somente em sistemas democráticos de governo os direitos sociais têm maior probabilidade de ser respeitados*, invocando a favor de sua reação os ensinamentos de Koopmans:



*“Democracia e direitos do homem, falando de forma empírica, são estreitamente conexos; a proteção de um às expensas de outros (ou vice-versa) corre sempre o risco de ser contraproducente (...) Se se deseja a preservação da democracia, os tribunais devem assumir a sua parte na tarefa. (CAPPELLETTI, 1999b:94)*

Uma vez enfatizadas as questões da criatividade dos juízes e as limitações dos poderes em alcançar o consenso, podemos fazer uma síntese das “enfermidades” que ainda atingem a democracia:

- a) Os poderes políticos demonstraram-se incapazes de alcançar o consenso dos governados numa democracia representativa;
- b) Os poderes executivo e legislativo, diferentemente do judiciário, não são perfeitos paradigmas de democracia representativa;
- c) Nem executivo, nem legislativo representam a vontade majoritária do povo, pois representam segmentos variados da população ou de grupos econômicos que disputam hegemonia no centro do poder;
- d) A vontade popular é diluída entre as disputas conflitantes no seio do poder;

O cientista político e jurista da Universidade da Califórnia, M. Shapiro, em Berkeley, examinando a questão da legitimidade dos órgãos do poder, faz uma crítica ao sistema político-constitucional norte-americano, mas que, na verdade, se aplica a todos os demais: *os próprios entes públicos, com o fim de auxiliar os seus programas e os dos grupos por eles representados, procuram promover apoios e alianças com outros grupos, dentro e fora do governo. Nesse processo de formação, troca e empréstimo de “força política”, as questões que freqüentemente aparecem não dizem respeito a decisões majoritárias. Não há sentido, portanto, no mundo político real, em submeter, de forma simplística, os vários ramos do government a análises baseadas em etiquetas como “voz da maioria”, “democrático” ou “não democrático”. (CAPPELLETTI, 1995b: 95/96)*

Nem todas as decisões do parlamento refletem, apenas parcialmente, a vontade geral. A circunstância dos processos legislativo e executivo apresentarem limitações e condicionamentos reais, muitas vezes inevitáveis, não justifica contrapor-se a eles, mas, pelo contrário, buscar realisticamente salvaguardar a legitimação democrática e representativa por todos os meios, inclusive através da Justiça.

O Poder Judiciário, mesmo nos países em que os juízes não são escolhidos através do sufrágio universal (em sistema *Civil Law*), não é privado de representatividade. Sua previsão está na Constituição, decorre, portanto, da vontade geral expressa através do poder constituinte. É, como os demais poderes, um dos órgãos da soberania. Além disso, na maioria dos países, os membros das cortes de justiça mais elevadas, a exemplo do Supremo Tribunal, no Brasil, da Suprema Corte, nos Estados Unidos, são escolhidos diretamente pelo Presidente da República, após terem seus nomes aprovados pelo parlamento. Há, neste ato de exercício da soberania, a expressão da vontade geral.

O trabalho desta esfera da soberania sofre a vigilância de vários organismos, especialmente dos advogados no exercício do contraditório, dos fiscais da lei, como são no Brasil os membros do Ministério Público e, em muitos países, de outras formas de controle externo.

A obrigatoriedade da fundamentação de todas as decisões judiciais é uma das formas mais eloquentes de se dar legitimidade a cada ato dos juízes, de forma sistemática, pública, sem predileções de interesse pessoal, mas com sentimento de justiça e equidade.

Há, por esta imposição legal, a intenção de manter a sociedade em vigilância permanente sobre o órgão da soberania que tem o poder-dever de vigilância sobre todos os demais. Um dos grandes remédios criados pelas democracias modernas é o do princípio democrático que privilegia a vontade da maioria, mas com respeito à vontade das minorias quando não atentam contra a vontade geral.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> Nesse sentido, como chama atenção Cappelletti, é a ciência política especialmente devedora ao professor Martin Shapiro, (...) os tribunais podem dar importante contribuição à representatividade geral do sistema — e mais uma vez Shapiro tinha em mente, sobretudo, a Supreme Court americana, embora o argumento possa se estender facilmente aos tribunais superiores de outros países. Eles, efetivamente, podem permitir o acesso ao judicial process e, assim, dar proteção a grupos que, pelo contrário, não estariam em condições de obter acesso ao political process: São exatamente esses grupos marginais, grupos que acham impossível procurar acesso nos poderes “políticos”, que a Corte pode melhor servir (...) Enquanto, efetivamente, são essencialmente políticos os poderes da Corte, pelo que os grupos marginais podem aguardar por parte da Corte o apoio político que não estão em condições de encontrar em outro lugar, os procedimentos da Corte, pelo contrário, são judiciários. Significa isso que tais procedimentos se baseiam no debate em contraditório (“adversary”) entre as duas partes, vistas como indivíduos iguais; dessa forma, os grupos marginais podem esperar audiência muito mais favorável de parte da Corte do que de organismos que, não sem boa razão, olham além do indivíduo, considerando em primeiro lugar a força política que pode trazer à arena “grupos de interesse”, os quais não estão em condições de encontrar adequado apoio por parte dos poderes políticos e, pelo contrário, são melhor servidos pelo Tribunal. Observa ainda este autor (op. cit., págs. 35-36) que “especialmente nos corpos legislativos verifica-se frequentemente que a maioria, mesmo esmagadora, compartilha certos sentimentos, mas que poucos de seus membros experimentam tais sentimentos de modo tão forte que estejam prontos para sacrificar, por esses, outros interesses cruciais. Uma minoria bem decidida pode então impedir que a maioria consiga os seus desígnios, ameaçando as vezes os interesses que são cruciais para cada categoria dos membros que compõem a

A favor do Judiciário, atenuando suas “enfermidades”, é a prerrogativa das partes e de seus procuradores terem acesso direto no procedimento judicial, interferindo em todos os atos, quer para aprová-los, quer para desaprová-los, trazendo provas, arguindo, recorrendo, enfim, praticando uma verdadeira vigilância sobre os termos e atos do processo que darão elementos para a decisão final.

Os remédios jurídicos de efeitos imediatos e colocados à disposição da sociedade, como o *Habeas Corpus*, o “Mandado de Segurança”, a *Ação Popular*, etc. viabilizam a defesa contra a coação, o arbítrio dos agentes públicos e a defesa do patrimônio público.

Todavia, uma das questões fundamentais para o avanço da democracia é o perigo do isolamento típico do estudioso, isolamento que o impede de descobrir os valores duradouros das sociedades. Daí a importância do juiz como intelectual orgânico, na visão dialética de Gramsci.

A realidade social deve estar presente na vida do juiz, vez que é convidado diuturnamente a resolver problemas reais, diferentemente do legislador que, no ato de criação da lei, lida geralmente com problemas abstratos e gerais; *pode-se dizer que embora a profissão ou a carreira dos juizes possa ser isolada da realidade da vida social, a sua função os constrange, todavia, dia após dia, a se inclinar sobre essa realidade, pois chamados a decidir casos envolvendo pessoas reais, fatos concretos, problemas atuais da vida. Neste sentido, pelo menos, a produção judiciária do direito tem a potencialidade de ser altamente democrática, vizinha e sensível às necessidades da população e às aspirações sociais* (CAPPELLETTI, 1999b:105).

---

*maioria (...) Por muitos anos, por exemplo, inúmeros membros do Congresso, baseados no norte do país, não encontraram estímulo suficiente para a emanção de leis sobre direitos civis, leis que eles moderadamente favoreceram, porque com isso não teriam o apoio dos membros do sul para um subsídio à produção de leite, a um programa de renovação urbana, ao projeto de Lei (...) É verdade que esse argumento, como acima formulado, não parece ter em devida consideração que também o acesso ao processo judiciário é cheio de obstáculos e dificuldades de toda natureza, de modo a tornar, frequentemente, pouco “iguais” as chances das partes. A tese de Shapiro, no entanto, revela certamente um núcleo de verdade e a história da sociedade e das instituições, efetivamente, aí está para demonstrar como não raramente certos grupos (raciais, religiosos, econômicos etc.) encontraram justamente nos tribunais o acesso e a proteção, sem os quais teriam permanecido inteiramente, ou pelo menos por mais tempo, marginalizados da vida de determinado país. (CAPPELLETTI, 1999b:99/100)*

O acesso à justiça pelas camadas menos cultas e mais pobres da população constitui, por sua vez, fator significativo na construção da democracia. Sem condições de acesso, as populações carentes e as excluídas do contrato social passam a não dispor, sequer, do direito de requerer as suas mínimas garantias de sobrevivência.

Daí a importância do instituto da assistência judiciária gratuita, através de órgãos como a Defensoria Pública, o acesso ao Ministério público, juizados especiais, portas sem dúvida imprescindíveis para aquela faixa da população pleitear em juízo.

Se levarmos em consideração que, nos países da periferia da modernidade, os excluídos já se encontram desprotegidos de seus direitos fundamentais e de suas liberdades fundamentais, a total ausência de possibilidade de acesso aos tribunais, sejam eles quais forem, redundará na total impossibilidade de construir a democracia, posto que não se pode falar em democracia quando é sonegado o direito de petição.

Todavia, no próximo e último capítulo, registraremos as possibilidades positivas de operacionalidade jurídico-política afirmativa de uma aplicação do Direito Democrático em razão dos Direitos Fundamentais.

As posições antagônicas e conflitivas nas relações sociais tendem a impor um poder sobre o outro, quer influenciando, quer resistindo. Nas relações humanas positivas, há oposição sem antagonismo. Nas relações sociais negativas, o antagonismo se evidencia.

Nas relações sociais negativas o antagonismo pode chegar até mesmo ao aniquilamento da outra.

A política não pode anular para sempre os antagonismos, nem liquidá-los, mas apenas atenuá-los. No antagonismo é necessário que os antagonizantes tenham um ponto comum.

O Estado democrático tem como uma de suas funções básicas atenuar os antagonismos através da persuasão, que se realiza através da argumentação, da demonstração, da apresentação de vantagens. Assim, na persuasão, é necessário a presença de valores aceitos por ambas as partes, como valores éticos, lógicos, religiosos, utilitários, estéticos, etc.

Os direitos fundamentais constituem valores aceitos pelos diversos estamentos, possibilitando resolver os conflitos dentro de relações sociais positivas, portanto não a custa das satisfações das classes inferiores.

O equilíbrio social só poderá se conseguido neste sentido, dando-se a cada um de acordo com suas necessidades, e de cada um de acordo com sua capacidade.

Os direitos fundamentais têm a função ainda de submeter as partes em função do todo dentro de uma garantia constitucional, base para aplicação do Direito.

### 3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E APLICAÇÃO DO DIREITO

#### 3.1 O Conceito de Garantismo

Se uma dissertação também é conceituada como a aplicação de uma teoria já existente para analisar determinado problema, as visões apresentadas até aqui, uma ‘crítica’ (1º capítulo), outra ‘burguesa’ (2º capítulo), serviram para demonstrar as grandes vertentes ideológicas que predominam no campo da Magistratura. Procuraremos, a partir de agora, verificar como é possível, partindo-se de um marco teórico, como *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, de PEÑA FREIRE (1997), compreender, ainda que sucintamente, como a teoria do garantismo ou garantia (termo aqui usado em sentido unívoco), macroconceito da Teoria do Direito, é capaz de constituir-se num dos mecanismos de interpretação colocado à disposição do Julgador (magistrado), para a construção ou reconstrução da ordem democrática.

Cabe destacar que a Teoria do Garantismo Jurídico<sup>52</sup> foi apresentada por Luigi Ferrajoli na obra *Derecho y Razón*, que embora sendo um trabalho de matriz jurídico-penal, desdobra-se na parte V – capítulos 13 e 14 – numa Teoria Geral de Direito, tendo como objetivo, definir um modelo de Estado de Direito capaz de garantir direitos fundamentais. Através de uma análise sistemática-valorativa, constata, de um lado, a divergência existente entre o modelo normativo constitucional e sua efetividade; e de outro, a ausência de instrumentos eficazes para a garantia dos direitos fundamentais. Com base no que Ferrajoli denomina “ponto de vista interno do Direito”, distingue vigência, de validade e de eficácia, além de também caracterizar uma teoria heteropoiética do Direito através de uma análise crítica, ao que denomina “ponto de vista externo”. A aproximação entre o “ponto de vista externo” e o “ponto de vista interno” é construído com a positivação dos direitos fundamentais, que servem à orientação da atividade judicante do poder estatal.

A Teoria Garantista propõe a análise interna do ordenamento jurídico como base do princípio da legalidade, não quanto a seu sentido formal ou de mera legalidade, mas

---

<sup>52</sup> A respeito de Garantismo a partir de Ferrajoli, há de se destacar a abordagem garantista realizada pelo por Sérgio Cadernatori., no seu livro “Estado de Direito e Legitimidade: Uma Abordagem Garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999. De uma visão hermenêutica, há de se destacar o artigo de Ivone F. Morcilo Lixa sob o título “O Direito Como Sistema de Garantias: Uma Breve Leitura Hermenêutica, IN SANTOS, Rogério Dutra dos. (org) Introdução Crítica ao Estudo do Sistema Penal. Elementos para a Compreensão da Atividade Repressiva do Estado. Florianópolis: Diploma Legal, 1999, p. 85-115.

em sua dimensão substancial, ou seja, da estrita legalidade, o que permite a distinção entre vigência e validade. A partir do “ponto de vista externo” o garantismo rediscute o sentido de eficácia, entendendo que a mera vigência formal não confere significado à norma, na medida em que se encontra subordinada a valores éticos e políticos.

Ferrajoli chama a atenção para o fato de que o juspositivismo dogmático, assentado na valorização da ciência jurídica, conduz a dois dogmas centrais. O primeiro é o de que o juiz possui a obrigação jurídica de aplicar as leis vigentes. Mas, questiona: o que significa dizer que uma lei existe ou é vigente? Significa apenas que está contida num texto legislativo, sem que isto signifique que o juiz deixe de aplicá-la quando a considere inválida, já que o magistrado possui o poder de interpretar a lei e suspender sua aplicação se a considerar inválida quando afronta a Constituição. O fato de uma lei ser aplicada sempre, não significa que é efetiva e que é válida, pois, segundo a ótica garantista, a validade é uma classificação que independe de aplicação.

O segundo dogma juspositivista, relacionado ao primeiro, diz respeito à atitude do jurista e à função da ciência jurídica em relação com o Direito positivo. *Una idea común a las doctrinas positivistas criticarse desde dentro – sino sólo desde fuera y que las leyes no pueden criticarse desde dentro – sino sólo desde fuera, en sede moral y política – de las leyes vigentes.* (FERRAJOLI, 1995: 873) A sacrossanta tese, como chama Ferrajoli, de que, considerar a moral e a política como aspectos estranhos ao Direito, isentando-o de qualquer juízo subjetivo de valor, impede a valoração da norma com qualquer referencial axiológico extra-legal, não permitindo ao jurista a crítica ao Direito vigente.

Entretanto, tais dogmas encontram-se frontalmente em choque com a concepção garantista de Estado de Direito, já que este requer um entendimento específico de condição de validade em seu duplo aspecto: uma validade formal, quanto às formas e procedimentos de produção normativa; e, uma validade substancial, cuja lesão produz antinomia. A tarefa do intérprete e aplicador do Direito, em tal ótica, é a constante crítica do Direito inválido, pois, o juízo de valor substancial é um juízo confiado à valoração operativa do magistrado – o aplicador do Direito.

Assim, o processo de aplicação do Direito não é em absoluto fazer cumprir um silogismo. É um conjunto de trabalhos de natureza ideológica, política e ética, que exige uma

racionalidade do processo de interpretação, submetido a critérios cientificamente compartilhados, para que não se caia em uma inaceitável arbitrariedade; já que, não são os princípios de qualquer natureza que asseguram a abertura do sistema e limites do Direito, mas aqueles intimamente relacionados com a justiça, matizados em outros princípios relevantes para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

A função específica, mas não única do Judiciário, é a de garantir o primado da Constituição sobre as normas infra-constitucionais<sup>53</sup>, e de resolver os conflitos de interesses levados à sua jurisdição.

Diante da quase impossibilidade do exercício de uma democracia direta, foi necessário recorrer-se ao artifício de atribuir a prerrogativa de criar a lei a apenas alguns indivíduos que passam a ter esta função política fundamental, mas devido à complexidade da vida moderna, tal atividade acabou sendo prerrogativa também do Judiciário.

Embora nos países onde os juízes são eleitos por sufrágio universal ou popular, esta forma de escolha tenha caráter meramente técnico, não outorgando a estes magistrados a função de representação política tão grande como a conferida ao Parlamento<sup>54</sup>, a verdade é que o Judiciário vem ocupando historicamente uma posição política. O Poder Judiciário até formalmente é contemplado no âmbito das Constituições modernas dos países ditos democráticos, com um papel político, uma vez que a Constituição lhe confere a missão de garantidor dos direitos fundamentais (individuais e coletivos), inclusive no âmbito das relações entre o Estado e a Sociedade Civil.

---

<sup>53</sup> Os juristas contemporâneos, principalmente os estudiosos de Direito Constitucional, têm classificado as formas de controle da constitucionalidade das leis, em função dos sistemas constitucionais existentes. Paulo Bonavides, por exemplo, no seu "Curso de Direito Constitucional", apresenta de forma bem clara esta classificação, especialmente as formas exercidas pelo Poder Judiciário. (BONAVIDES, 1997: 267-301).

<sup>54</sup> Ruffia sobre esta questão assim se manifesta: "*No obstante, en la práctica, en los Estados contemporaneos de democracia clásica, el principio representativo no se aplica, por motivos más que nada técnicos, en orden a la función jurisdiccional (pues aunque se desarrolle por juices populares junto a los jueces togados – como en las Corti d'Asisse italianas – debe negarse a los mismos verdadero carácter representativo); aquel principio encuentra realizaciones frecuentes, pero siempre parciales o indirectas, en el ambito de la función ejecutiva (donde escogido, para el jefe del Estado, en las Repúblicas, mientras que para los ministros, ordinariamente nombrados, o elegidos, se actúa puramente mediante procedimientos de segundo o tercer grado); y sólo en la esfera de la función legislativa encuentra amplia y difusa aplicación (dado que las Camaras parlamentarias, órganos colegiados siempre muy numerosos – o al menos una de ellas en los Estados que tienen dos –, suelen tener carácter representativo de todo el pueblo); esto justifica, por tanto, una breve nota sobre la noción de representación política en este lugar. Este hecho se explica fácilmente si pensamos en la prevalente importancia de la función legislativa, que establece las normas constitutivas del ordenamiento jurídico estatal, según las cuales deben luego moverse y actuar el Poder ejecutivo como el judicial (número 67)*". (RUFFIA, 1993:289/290)



Há, também aí, e não só no trabalho do cumprimento da lei, a nosso ver, a grande oportunidade de, a partir desta prerrogativa, contribuir para a construção da democracia, a menos que se tenha outro propósito, o que seria uma patologia a ser corrigida.

No seu conceito clássico, de inspiração liberal, o Direito Constitucional tem basicamente, por objeto, determinar a forma de Estado, a forma de governo e o reconhecimento dos direitos individuais. Se a formulação dos direitos e garantias individuais e sociais é objeto do Direito Constitucional contemporâneo, é de se notar que também constitucionalmente cabe ao Poder Judiciário a prerrogativa de garantir tais direitos frente a eventuais conflitos entre o Estado e a Sociedade Civil.

Há um equilíbrio precário e instável entre os interesses da sociedade civil e os interesses do Estado, ou da classe dominante que exercita o poder no Estado, como já nos referimos, com apoio em Gramsci.

Fernandez, ao fazer a apresentação da obra de PEÑA FREIRE (1997) acima referida, coloca desde logo esta problemática ao constatar que este equilíbrio precário e instável se instala quando ocorre o conflito de interesses da coletividade, os quais os governantes sempre dizem perseguir, e o interesse de todos os cidadãos que formam a coletividade.

Assim sendo, o grande esforço da sociedade é introduzir a *jurisdictio* no âmbito do *governaculum*, isto é, de fazer valer as regras jurídicas também no exercício do poder, posto que as leis, sendo previsíveis e mensuráveis e por isso suportáveis enquanto compatíveis com a irrenunciável liberdade de cada membro da sociedade, é que garantem o cidadão frente ao abuso do Poder.

Nesse sentido, lembra ainda Fernandez, que o Poder muda de lugar ou de detentores, mas por sua essência mesma, por aquilo que lhe é inerente, traz intata e ilimitada sua capacidade de impor sua vontade e, com isso, vir a acarretar todos os riscos de um eventual abuso.

Para garantir o equilíbrio entre os interesses coletivos pelos quais o Estado deveria zelar e os interesses particulares, o Poder Judiciário deve assegurar o equilíbrio nesta

tensão, posto que é a garantia dos direitos fundamentais que assegura a própria existência da democracia.

Nessa perspectiva, Bobbio chama a atenção dizendo que a garantia é o problema mais urgente a ser enfrentado, se considerarmos que a fundamentação dos direitos humanos já se encontra resolvido pela solução dada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. (BOBBIO, 1992:26).

Os direitos fundamentais constituem uma fronteira jurídica capaz de servir de mecanismo contra os abusos do poder político, e a obediência a tais postulados é que revela um verdadeiro Estado de Direito, posto que humanamente fundado num consenso geral, “*consensus omnium gentium*”. Trata-se, portanto, de um fundamento histórico sobre um determinado sistema de valores.

Lembra Bobbio que este *consenso geral*, como fundamento do Direito, constituía questões das quais os velhos jusnaturalistas já desconfiavam, no que não estariam de todo errados (BOBBIO, 1992:27). Nem sempre o legislador infra-constitucional, ao elaborar a lei, busca preservar os direitos fundamentais. O mesmo acontece com o legislador constituinte ou reformador que, intencionalmente ou não, deixa de garantir aquilo que se esperava que garantisse, o que é causa de perplexidade nos meios jurídicos.

Otto Bachof, Professor da Universidade de Tübingen, ao tratar da *inconstitucionalidade de normas constitucionais* e da problemática geral da juridicidade da lei ou da lei injusta, traz a seguinte interpretação ao art. I, n.º 3, da Lei Fundamental Alemã:

*Na verdade, o art. I, n.º 3, da Lei Fundamental qualifica os direitos fundamentais como direito aplicável diretamente, que também obriga o legislador, isto é, que também obriga, portanto, o legislador constitucional, ...ater-se às decisões de princípio da Lei Fundamental e promover que se imponha a sua observância face a ocasionais tomadas de posição contrárias (Scil.: do próprio legislador da lei Fundamental).* (BACHOF, 1994:33).

O compromisso constitucional do Magistrado é, contudo, com a democracia constitucionalmente definida. Nesse sentido, não estaria ele obrigado a obedecer normas de evidente perversão jurídica, já que é na salvaguarda dos direitos fundamentais que repousa o próprio Estado de Direito.

A maior ou menor quantidade de magistrados comprometidos com a democracia serve também de índice para melhor identificar uma aproximação ou um distanciamento de determinada ordem jurídica em relação ao Estado Democrático de Direito, que está intimamente vinculado à idéia de Justiça. Mas não é só, é necessário que a ordem jurídica apresente limites à atuação estatal até em forma de consenso, conforme aponta Bachof: *As questões dos limites da atuação estatal em todas as suas formas – seja mesmo na veste da atuação constituinte – da relação entre a legitimidade e a legalidade, das possibilidades e limites do controle judicial da legitimidade, têm de pôr-se em toda e qualquer ordem soberana que se sabe vinculada ao direito e à justiça: pois elas são, em último termo, as questões da essência, do sentido, da validade e da força obrigatória do direito.* (BACHOF, 1994:1)

Independentemente de haver ou não uma conceituação formal da idéia de justiça, os valores fundamentais encontrarão legitimidade se a sociedade civil tiver firmado a crença de sua obrigatoriedade, crença esta originada de um consenso social firmado naqueles valores que entende serem inalienáveis, como por exemplo, o direito à vida, à honra, à dignidade, à liberdade de cada um poder exercer seu projeto de vida individual e coletivamente, dentro da exigência de tratamento igual e de respeito mútuo.

É bom lembrar, contudo, que os Estados Modernos já fizeram inserir no seu texto constitucional grande parte dos direitos fundamentais, o que viabiliza sua invocação como mecanismo válido contra o próprio Estado que os tenha violado. A proibição de arbítrio, aliada aos valores fundamentais, constitui as duas vigas mestras que sustentam a idéia de justiça, inerentes aos cidadãos que, soberanamente, decidem viver sob a égide de um Estado Democrático de Direito.

Mesmo que o Estado faça surgir, no ordenamento jurídico, normas que violem os direitos fundamentais, não terão tais normas legitimidade se a maioria da sociedade não formar *consenso* em relação à sua aplicabilidade, nem eficácia legal, a menos que a

Constituição declare expressamente que os direitos fundamentais têm natureza meramente programática.

As medidas governamentais contrárias aos valores já consagrados pela sociedade podem perdurar algum tempo se não forem claramente expostas ou, se o forem, virem acompanhadas pela opressão, como ocorre nos ordenamentos jurídicos dos países periféricos. Contudo, os comandos legais claramente legitimados pelos direitos fundamentais encontram aceitação quase que imediata quando coincidentes com o *bom senso*.

Depois destas observações gerais, vale a pena incursionar mais detidamente na análise destes direitos fundamentais, para melhor precisar os valores inseridos na Constituição como fundamentais..

### 3.2 Conceitos de Direitos Fundamentais

Após a compreensão básica do macroconceito de *garantia* apresentada por Ferrajoli e Peña Freire, torna-se importante verificarmos o conceito de direitos fundamentais como complemento elucidativo do pensamento destes dois autores. Fazemo-lo na companhia de BONAVIDES (1997).

O primeiro trabalho é caracterizar a expressão *direitos fundamentais* em face de outras expressões como *direitos humanos*, *direitos do homem* e assim verificarmos se todas elas podem ser utilizadas indistintamente.

A expressão *direitos do homem* e *direitos humanos* têm sido utilizadas entre autores anglo-americanos e latinos, coerentemente com a tradição e a história. Já a expressão *direitos fundamentais* é da preferência dos publicistas alemães. Bonavides se serve de um dos clássicos para uma aceção lata de direitos fundamentais: *Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam, segundo HESSE, um dos clássicos do direito público alemão contemporâneo*. (BONAVIDES, 1997:514).

A par desta acepção lata, há uma mais restrita, mais específica e normativa que concebe como direitos fundamentais somente aqueles definidos como tal pelo direito vigente. No entanto, há outros critérios formais de caracterização formulados por Carl Schmitt<sup>55</sup> e referidos por Bonavides, tanto de caráter formal, como material, entrando na primeira classificação tanto os direitos e garantias indicados como tal no texto constitucional, como aqueles que, além de indicados expressamente, tenham recebido um grau mais elevado de garantia ou segurança, quer porque considerados imutáveis (*unabänderliche*) quer pela dificuldade de mudança (*erschwert*).

Na categoria material, a caracterização, segundo ainda Carl Schmitt, varia conforme a ideologia, a modalidade de Estado e as espécies de valores e princípios consagrados no corpo constitucional. Se forem vinculados os direitos fundamentais à concepção do Estado Liberal, sem considerá-los (como se fez) uma abstração, e depois uma concretização, e considerando-os independentemente da modalidade de Estado e ideologia, mas apenas na sua universalidade, devem eles ser concebidos como direito de primeira geração. Assim concebidos, na essência, são os direitos do homem livre e isolado face ao Estado.

Numa acepção estrita, seriam apenas direitos fundamentais os direitos de liberdade da pessoa particular, dentro do conceito do Estado burguês de Direito, portanto ilimitada face ao poder estatal de intervenção. Em contrapartida, tal intervenção no referido Estado é, em princípio, limitado, mensurável e controlável. Nesta perspectiva, podem ser concebidos como direitos absolutos. Somente em casos excepcionais, decorrentes de critérios e limites legais, podem ser relativizados.

Concebidos, portanto, como direitos fundamentais genuínos, as limitações a que se refere Schmitt aparecem como exceções, posto que estas limitações só poderiam ocorrer com base na lei, mas lei em sentido geral, portanto mensurável tanto na extensão como no conteúdo.

A liberdade e a dignidade humana constituiriam os dois elementos de tais direitos fundamentais, enquanto valores históricos e filosóficos universais da pessoa humana.

---

<sup>55</sup> Sobre Carl Schmitt, ler interessante artigo de ARGÜELLO, Katie "Decisionismo: um Confronto entre Max Weber e Carl Schmitt, In Revista da Faculdade de Direito da UFPR –33, Ano 32. Coleção Acadêmica de Direito. Vol. 17. Porto Alegre: Síntese.2000., p.134.

Destaca-se que a universalidade manifestou-se pela primeira vez com a descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ocasião da Declaração dos Direitos do Homem de 1789.

O espírito de universalidade dos direitos fundamentais proclamados pelos franceses foi a mais abstrata das declarações solenes até então feitas acerca da liberdade, pois na justificativa lapidar de Boutmy: *Foi para ensinar o mundo que os franceses escreveram; foi para proveito próprio e comodidade de seus concidadãos que os americanos redigiram suas Declarações.* (BONAVIDES, 1997:516)

Graças ao gênio político e revolucionário dos franceses do século XVIII, foi possível resumir os direitos fundamentais consagrados nas Declarações dos Direitos do Homem em três princípios: liberdade, igualdade e fraternidade. Com a descoberta da fórmula da generalização e universalidade de tais direitos, os Estados Modernos passaram a inserir nas suas respectivas ordens jurídicas os direitos e conteúdos materiais referentes a aqueles postulados.

A partir do momento que tais postulados foram insertos na ordem institucional, produziu-se um processo cumulativo e qualitativo de tais direitos, manifestados em três gerações sucessivas, de tal forma que aquela universalidade abstrata e metafísica do jusnaturalismo do século XVIII foi substituída por uma universalidade material e concreta.

Este processo cumulativo e qualitativo dos direitos fundamentais na modernidade jurídica foi classificado em três gerações. A primeira geração, os direitos da liberdade, a segunda geração, os direitos da igualdade e a de terceira geração, os direitos da fraternidade, hoje preferentemente concebida como direitos da solidariedade.

Esta classificação tem sido aceita por renomados juristas, a exemplo de Karal Vasak que, em 1979, em aula inaugural nos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, a reconheceu em forma lapidar.

### 3.2 Gerações de Direitos Fundamentais

O titular, por excelência, dos direitos da primeira geração<sup>56</sup> ou direitos da liberdade é o indivíduo.

Dotado de atributos e de faculdades pessoais, é capaz de projetar sua personalidade e de realizar seu projeto de vida tanto no âmbito civil, como no âmbito político de forma tão ampla, que toda agressão a esses direitos individuais por parte do Estado, dá-lhe legitimidade de exercer direitos de defesa, como o de resistência ou de oposição perante o Estado.

Os direitos de primeira geração, do ponto de vista histórico, foram incorporados ao constitucionalismo ocidental já na sua fase inaugural, conquistando, por conseguinte, *status* de garantia constitucional mas não o de categoria jurídica ou instituto jurídico. Contudo, assumiram, histórica e politicamente, elevado índice de adoção na maioria dos países contemporâneos.

Os institutos ou categorias jurídicas têm estruturas jurídicas diferentes das do direito da liberdade. Garantias institucionais, por seu turno, são diferentes de garantias do instituto. Ao mesmo tempo, garantias constitucionais são diferentes do conceito de garantias institucionais e por conseguinte, do conceito de garantias do instituto. Senão vejamos:

Os direitos de liberdade são garantias constitucionais, isto é, a Constituição se identifica com a própria garantia. Os direitos de liberdade, por sua natureza especial, não são passíveis de serem institucionalizados sob pena de se limitar a própria liberdade.

Carl Schmitt, citado por BONAVIDES (1997:520) explicita, de forma clara, que a Constituição se identifica com a própria garantia que oferece e uma eventual violação da garantia é, sem mais, uma violação da própria Constituição: *enfim, quando um ataque (Angriff) ao objeto garantido é ataque à Constituição mesma.*

Já os institutos jurídicos ocorrem em proveito de questões reais e sempre dizem respeito a direitos de direitos privados: propriedade, direito sucessório, família, casamento,

---

<sup>56</sup> Não se trata de assumir uma visão evolutiva dos direitos do Homem, mas integrativa, como complemento e justaposição.

etc. Mas sendo também garantias de Direito Constitucional, garantem relações jurídicas e complexos normativos típicos, tradicionalmente sólidos. As garantias institucionais dizem respeito à instituição, mas instituição de direito público no que se refere à administração de assuntos públicos.

Os direitos de liberdade, afastada a hipótese de serem considerados institutos, categorias ou garantia de institutos, passaram a ser reconhecidos como o próprio corpo da Constituição, na maioria dos países modernos.

Este processo de espraçamento ascendente dos direitos fundamentais foi sendo otimizado pela passagem de um reconhecimento inicialmente formal, para concretizações nos quadros consensuais das democracias modernas, não havendo Constituição que não os tenha adotado de forma bastante pacificada.

Bonavides salienta, todavia, que os direitos de primeira geração *Entram na categoria do status negativus da classificação de Jellinek e fazem também ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre a Sociedade e o Estado* (BONAVIDES, 1997:517).

O caráter anti-estatal dos direitos da liberdade decorre da circunstância de se dar maior valor ao indivíduo que ao Estado, admitindo-se até mesmo o direito de resistência. O homem-singular, de concepção fortemente individualista e abstrata, insulado na sua solidão e na sua subjetividade, foi a marca do culto liberal e do Estado Liberal.

A liberdade, no entanto, como reconhecem vários filósofos e juristas, é impossível de “institucionalizar-se” por si própria, uma vez que qualquer conceito que viesse a dar-lhe os contornos, limitaria a própria idéia de liberdade, como já assinalou Albert Bleckmann. Daí o *status negativus* dos direitos da liberdade. Como se sabe, esta é a ênfase do conceito predominante de liberdade, o de uma liberdade que se contrapõe precisamente à lei: ser livre é estar livre da lei.

Se os direitos fundamentais de primeira geração dominaram o século XIX, os da segunda dominam o século XX. Se os titulares dos direitos fundamentais de primeira geração foram os indivíduos, o titular dos da segunda geração é a coletividade como tal. Se o



homem-singular era dotado de atributos e de faculdades pessoais frente ao Estado, a sociedade civil passou a ser a titular dos denominados direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos.

Os direitos de segunda geração foram incorporando-se nas distintas formas de Estado social, quer por força das ideologias, quer por força de uma reflexão antiliberal. Os direitos sociais tiveram lastro nos princípios da igualdade e, tal qual os da liberdade, formulados nas esferas filosóficas e políticas. Consagrados de forma acentuada nas Constituições marxistas e de forma clássica no constitucionalismo da social-democracia, a exemplo da Constituição de Weimar, passaram a dominar na maioria dos países ocidentais após a II Guerra Mundial.

Todavia, sua instalação no seio das Constituições modernas não se deu de maneira uniforme, posto que o grau de normatividade e efetividade de tais direitos dependia do maior ou menor índice cultural, político, ideológico e econômico da sociedade civil e da possibilidade de aceitação por parte do próprio Estado.

As exigências para que os Estados se constituíssem em Estados de bem-estar social, no constitucionalismo da social-democracia, decorriam do fato de que a sociedade civil exigia uma justiça distributiva para a realização material dos direitos sociais. Todavia, a efetividade de maior grau desses direitos de segunda geração ocorreu nos países mais ricos do globo após a II Guerra Mundial.

Para os países em desenvolvimento, sua eficácia era quase nula, dada a exiguidade de recursos; quando não, por uma flagrante desproporção na distribuição de riqueza, cujo quadro era agravado por uma elite política e econômica que sempre soube repassar sua ideologia para a classe dominada.

Embora tais direitos nos países em desenvolvimento tivessem sua juridicidade questionada na fase inicial, avançaram todavia para uma esfera programática, isto é, sua formulação passou a ser de aplicabilidade imediata, pelo menos, por via do legislador.

Se os direitos sociais, ou de segunda geração, tiveram lastro no princípio da igualdade, sua formulação veio vinculada materialmente aos princípios da liberdade, mas de

uma liberdade objetivada, atada a vínculos normativos e institucionais, onde o Estado passou a ser elemento de suma importância na concretização desses direitos. Não mais só o homem-singular, mas o homem coletivo, unido por interesses comuns, por valores universalizados.

Os direitos fundamentais ultrapassaram os limites do próprio Estado, vinculando suas garantias não só à Constituição de cada país, mas a um compromisso jurídico internacional através de tratados, pactos e convenções.

Com os direitos fundamentais de segunda geração, todos os princípios da Constituição e decorrentes de tratados internacionais que obrigam o legislador são garantias institucionais na acepção ampla de Schmitt. Todavia, a maior das garantias Constitucionais e institucionais seria aquela que produzisse os pressupostos fáticos ao exercício da liberdade, pois não existindo liberdade tais garantias não passariam de uma ficção.

A teoria institucional dos direitos fundamentais perdeu um pouco de seu vigor após a contribuição de Schmitt, faltando serem cristalizadas noções claras e científicas acerca deste instituto. Os direitos da liberdade adquiriram vigor ao sair da subjetividade do homem-singular para a objetividade social, onde se é possível invocar a juridicidade dos princípios e valores consagrados na ordem jurídica.

*A concepção de objetividade e de valores relativamente aos direitos fundamentais fez com que o princípio da igualdade tanto quanto o da liberdade, tomasse também um sentido novo, deixando de ser mero direito individual que demanda tratamento igual e uniforme para assumir, conforme demonstra a doutrina e a jurisprudência do constitucionalismo alemão, uma dimensão objetiva de garantia contra atos de arbítrio do Estado. (BONAVIDES,1997:522).*

Os direitos fundamentais de terceira geração têm a ver com a fraternidade<sup>57</sup>, conforme assinala Karel Vasak. A dimensão dada a estes valores ultrapassa os limites do individualismo e do coletivo, indo atingir o próprio gênero humano, como valor supremo da existência.

*A teoria, com Vasak e outros, já identificou cinco direitos da fraternidade, ou seja, da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito da comunicação. (BONAVIDES, 1997: 523).*

Considerando os direitos da fraternidade em relação somente ao indivíduo, traduz-se numa pretensão ao trabalho, à saúde e à alimentação adequada<sup>57</sup>. O direito ao desenvolvimento diz respeito aos Estados que devem garantir o bem estar a todos.

A descoberta ou a formulação de novos direitos fundamentais constitui um processo sem fim. A importância de se estabelecerem outros direitos obedece à própria verificação da evolução humana, na constatável possibilidade de cada homem ou mulher poder projetar sua personalidade e seu caráter na relação com os demais e no reconhecimento de que seus destinos são comuns e, por isso, servem de base para a solidariedade.

Mbaya salienta que este princípio se exprime de três maneiras:

1. *O dever de todo Estado particular de levar em conta, nos seus atos, os interesses de outros Estados (ou de seus súditos);*
2. *Ajuda recíproca (bilateral ou multilateral), de caráter financeiro ou de outra natureza para a superação das dificuldades econômicas (inclusive com o auxílio técnico aos países subdesenvolvidos e estabelecimento de preferências de comércio em favor desses países subdesenvolvidos e estabelecimento de preferências de comércio em favor desses países, a fim de liquidar deficits); e*
3. *Uma coordenação sistemática de política econômica.*" (BONAVIDES, 1997:524).

Os direitos fundamentais de quarta geração relacionam-se à democracia.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> Cabe lembrar que Etienne-R. Mbaya, jusfilósofo de Colômbia, prefere denominar "solidariedade" e não "fraternidade" a este direito.

<sup>58</sup> Estas pretensões foram explicitadas por Etienne-R. Mbaya num manuscrito que enviou ele próprio a BONAVIDES, intitulado *Menschenrechte im Nord-Süd Verhaeltnis* que se supõe tratar-se de um texto ainda inédito, conforme nota 18. (BONAVIDES, 1997:523).

<sup>59</sup> Valério Rohden, Coordenador dos trabalhos que compuseram o II Encontro de Filosofia Brasil-Argentina-Alemanha, comemorativa do texto de Kant "A Paz Perpétua" entre os dias 16 e 19 de outubro de 1995, promovido pelo Goethe Institut Porto Alegre, em cooperação com o Curso de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e a Sociedade Kant Brasileira, relata que: "A partir da Carta de Paris por uma nova Europa, de 21 de novembro de 1990, e não a partir da ONU, também inspirada no texto de Kant, pela primeira vez se realizou, segundo Friedrich Kambartel, a idéia Kantiana de uma união político-moral de repúblicas para a constituição da paz entre os Estados, ao obrigar-se pela instituição, consolidação e

O maior atentado que se faz contra este direito fundamental é a despolitização da sociedade,<sup>60</sup> uma vez que a omissão política dos cidadãos deixa ao arbítrio das elites econômicas nacionais e internacionais o destino da própria sociedade. A despolitização da sociedade é decisiva para a manutenção do *status quo* de dominação das hegemonias supranacionais.

O que interessaria, contudo, aos povos da periferia, é a globalização dos *Direitos Humanos*, não da barbárie, mas dos direitos fundamentais, globalizando-os no campo institucional. A democracia como direito de quarta geração corresponde à derradeira fase de institucionalização do Estado Social.

São direitos de quarta geração o direito à democracia, mas também outros direitos que lhe são inerentes, como o direito à informação e o direito ao pluralismo. O direito à informação, a nosso ver, deve ter por base não a informação pura e simples, mas o direito à verdade.<sup>61</sup>

Os governos, nem sempre representando a vontade geral, têm preferido não só sonegar informações importantes ao povo, mas camuflar a verdade, escondendo muitas vezes uma verdade atrás de outra verdade não tão importante. Esta prática de sonegar a verdade, a par da despolitização do povo, tem sido um verdadeiro atentado contra a democracia.

A proposta de autores como Paulo Bonavides e outros é que a democracia positivada há de ser direta face aos avanços tecnológicos. A sustentação desta proposta é que, com os avanços tecnológicos e a abertura pluralista do sistema, será possível a democracia direta. Tal possibilidade, no entanto, depende de outros direitos, como o direito à cultura, elemento fundamental para o povo não sofrer a contaminação da mídia dominadora, nem

---

fortalecimento dos direitos humanos, da democracia e do estado de direito, reconhecendo a democracia como a única forma de governo legítima entre as nações". (ROHDEN, 1995:12)

<sup>60</sup> Bonavides, ao tratar dos "direitos fundamentais da Quarta geração, faz uma séria crítica à política neoliberal que vem sendo adotada no Brasil, com inegáveis prejuízos para a democracia e soberania nacionais: *O Brasil está sendo impelido para a utopia deste fim de século: a globalização do neoliberalismo, extraída da globalização econômica. O neoliberalismo cria, porém, mais problemas do que os que intenta resolver. Sua filosofia do poder é negativa e se move, de certa maneira, rumo à dissolução do Estado nacional, afrouxando e debilitando os laços de soberania e, ao mesmo passo, doutrinando uma falsa despolitização da sociedade.* (BONAVIDES, 1997:524).

<sup>61</sup> É bom lembrar que bem antes do fim da Guerra do Vietnã a CIA Americana havia informado o governo americano de que era impossível vencer a guerra. Esta informação que foi sonegada ao povo americano, o que redundou na morte de milhares de jovens norte-americanos, pois a opinião pública teria sido decisiva para impedir o prosseguimento da guerra.

tolerar o hermetismo de exclusão de índole autocrática e unitarista, como é a promovida pelas reformas constitucionais ilegítimas nos últimos dez anos no Brasil.

Os direitos de quarta geração, como são os direitos à democracia, representam o ápice de uma pirâmide que vem sendo construída e que tem como base os direitos individuais (1ª geração), os direitos sociais (2ª geração) e os direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade (3ª geração), verdadeiras dimensões da democracia (4ª geração).

Os de quarta geração, além de culminar na objetividade aos direitos das duas antecedentes, absorve e mantém a subjetividade dos direitos individuais, aumentando sua dimensão objetiva e axiológica, no mais alto grau de eficácia normativa e, a partir daí, irradiando-se a todos os direitos da sociedade e do próprio ordenamento jurídico.

*Daqui se pode, assim, partir para a asserção de que os direitos da segunda, da terceira e da quarta gerações não se interpretam, concretizam-se. É na esteira dessa concretização que reside o futuro da globalização política, o seu princípio de legitimidade, a força incorporadora de seus valores de libertação.* (BONAVIDES, 1997:525).

A sociedade civil dos países em desenvolvimento e os agentes públicos conscientes dos valores da libertação podem encontrar, portanto, nesta concretização, legitimidade para a construção de uma globalização política que, por razões inconfessáveis, não faz parte do discurso dos neoliberais, nem dos que apregoam a globalização econômica. Na democracia globalizada todos os homens passam a ser a presença moral da cidadania, possibilitando uma eficaz fiscalização de constitucionalidade, com meios de ação e de controle sobre o Estado, de modo a promover e garantir os direitos fundamentais com maior eficácia, aos moldes compatíveis com a índole da democracia direta.

### 3.4 Desigualdades Sociais e Ordem Jurídica

Bobbio concebe a Declaração Universal dos Direitos do Homem como a *única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade.* (BOBBIO, 1992:27).

A idéia de consenso está intimamente ligada à de um acordo de vontades que adere a determinada crença em valores e princípios bem definidos, de tal forma que todas as ações humanas devem convergir nessa direção. O consenso, assim definido, dá validade às ações que realizem no mundo social esses objetivos, desde que os meios para alcançá-los sejam também coerentes com os fins.

Uma das formas de estabelecer os meios para alcançar os fins é a criação de normas jurídicas com enunciados integradores.

Bobbio identificou três formas de fundar os valores: a primeira seria deduzi-los da compreensão da natureza humana; a segunda, concebê-los como verdades evidentes por si mesmas e, a terceira é sua descoberta em dado momento histórico e sua aceitação consensual pela comunidade internacional.

A primeira hipótese rejeita como possível, sob a alegação de que não há uma natureza humana e, se mesmo que houvesse como dado constante e universal, não seria possível identificar a sua essência de forma universal, haja vista que o próprio jusnaturalismo apresentava valores divergentes entre si, indagando, “Qual é o direito fundamental do homem segundo a sua natureza? O direito do mais forte, como queria Spinoza, ou o direito à liberdade, como queria Kant? O segundo modo – “o apelo à evidência”, também é rejeitável, tendo em vista a falta de qualquer argumentação mais racional, pois a história tem demonstrado que nem sempre a evidência de uns é a evidência de outros, seja em tempo e lugar, como ocorreu com o tão proclamado “direito de propriedade”, presente na Declaração de 1789 e que não se encontra mais nos documentos mais recentes das Nações Unidas.

A tortura, aceita durante séculos nos procedimentos judiciais, após profunda reflexão, é abolida como possibilidade admitida, com a formulação da teoria da “não violência”, que é um comando de *não-fazer*.

O terceiro modo – o consenso – consiste na aceitação daqueles valores fundados na autoridade da razão e, por isso, aceitos universalmente, isto é, *tanto mais fundado quanto mais é aceito*. O consenso apresenta-se como fundamento histórico; embora não absoluto em todos os tempos, é único em determinadas fases da história, podendo ser comprovado.

A *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, sendo consagrado como um dos “*consensus omnium gentium*” superiormente válido para qualquer sistema de valores, é uma prova histórica de sua fundamentação.

Eleger valores naturais como universais para, em seguida, referendá-los como consenso, foi uma tentativa de Giambattista Vico através de pesquisa nas obscuras histórias das nações, o que mostra sua difícil comprovação. Mas agora, desde que explicitamente materializados estes valores pelo consenso de 48 Estados, em 10 de dezembro de 1948, na Assembléia das Nações Unidas, foram acolhidos como *inspiração e orientação no processo de crescimento de toda comunidade internacional no sentido de uma comunidade não só de Estados, mas de indivíduos livres e iguais*. (BOBBIO,1992:28)

Dado o significado extraordinário desse acontecimento, Bobbio faz uma enfática chamada de consciência:

*Não sei se se tem consciência de até que ponto a Declaração Universal representa um fato novo na história, na medida em que, pela primeira vez, um sistema de princípios fundamentais de conduta humana foi livre e expressamente aceito, através de seus respectivos governos, pela maioria dos homens que vive na Terra* (BOBBIO,1992:28).

E completa:

*Com essa declaração, um sistema de valores é, - pela primeira vez na história –universal, não em princípio, mas de fato, na medida em que o consenso sobre sua validade*

*e sua capacidade para reger o destino da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado (ibid. p.28).*

Ao lembrar a referência de Locke que dizia que “*o verdadeiro estado do homem é o natural*”, no qual os homens são livres e iguais, sendo o estado civil uma criação artificial que não tem outra meta a não ser permitir a mais ampla explicitação da liberdade e da igualdade naturais, Bobbio observa que as primeiras palavras dos Direitos do Homem conservam um claro eco de tal hipótese: *todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos*.

Compreende que a liberdade e a igualdade quando concebidas pelos jusnaturalistas, não eram um dado de fato, mas um dever-ser. Somente quando acolhidos tais valores pela primeira vez com as Declarações de Direito dos Estados Norte-americanos e da Revolução Francesa e postos na base de uma nova concepção de Estado – *que não é mais absoluto, mas limitado, que não é mais fim em si mesmo, e sim meio para alcançar fins que são postos antes e fora de sua própria existência*, (p.29) os direitos do homem passam a constituir o ponto de partida para a instituição de direitos positivos e efetivos. Assim sendo, Bobbio vê dois momentos, um da teoria, outro da prática, da concretidade.

A nosso ver, é possível vislumbrar uma nova forma de entender tais momentos, não evidentemente para corrigir, mas para identificarmos em que momento os direitos humanos adquirem uma verdadeira concretude.

Assim, se é verdadeiro que a concepção dos direitos do homem, quando meramente concebidos, constituíam o momento teórico, sua positivação ou efetividade nos Estatutos Fundamentais dos Estados Modernos podem ser concebidos como concretude apenas no mundo das normas, mas não no mundo fenomênico. Desta forma, sua concretude efetiva só ocorreria no momento em que fossem imediatizados através da sua realização no mundo dos fatos.

Destarte, propondo uma nova forma de estudar a questão, em função do “desideratum” deste trabalho, que é a formulação de uma proposta de como o juiz pode reconstruir a democracia, dividimo-lo em três momentos.



Assim, propomos conceber a *universalidade abstrata dos direitos fundamentais* como momento *teórico*. Um vez que essa *universalidade dos direitos fundamentais* seja positivada nos Estatutos Fundamentais de um Estado, o que era abstrato, passa a ter existência no *mundo das normas* ou do *dever-ser*. Concebemos este segundo momento como da “*técnica*” ou “*instrumentalidade*”, vale dizer, criamos um caminho, um instrumento para realizá-lo, mas o direito só se realiza através da sua materialização no mundo dos fatos, do contrário o Direito seria apenas metafísica. Uma vez positivado o valor pela “*técnica*” (elevado assim à categoria de bem jurídico), há ainda uma ausência de eficácia no mundo da vida, no mundo fenomênico. Este terceiro momento só ocorrerá no momento pragmático, ou da “*práxis*”.

O momento da *práxis* ocorre não só quando há a subsunção espontânea do fato à norma, isto é, quando o materializamos através da ação humana, como ocorre, por exemplo, no “direito à educação”, quando o Estado faz funcionar uma escola para as crianças e adolescentes, mas também quando uma decisão judicial garante a matrícula numa escola já existente a crianças e adolescentes, antes excluídas, que passam a ser incluídas no contrato social nesta dimensão da vida social.

O próprio Bobbio observa que quando as “*Constituições reconheceram alguns desses direitos fundamentais, positivando-os, como ocorreu com o direito de resistência, foi possível promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado*”. (BOBBIO, 1992:31).

Como se vê, é possível distinguir aí três momentos: dos *direitos fundamentais*” (momento teórico), *positivando-os* (momento técnico ou instrumental) e *promover uma ação* (momento da *práxis*).

Para se concluir a respeito da importância deste terceiro momento, basta observar que a maioria dos países da Terra é signatária da Declaração dos Direitos do Homem, ou, pelos menos, inseriu tais princípios diretamente na Carta Fundamental. Embora positivados estes princípios, em mais de dois terços da população do globo, vive-se ali em condições subumanas. Faltou, portanto, o terceiro momento, o da *práxis*, único capaz de dar

um passo à frente, passando-se de um Estado de Direito para um Estado de Justiça, pois o Estado não é um fim em si mesmo.

Em outras palavras, verificado que a maioria da população dos países do mundo não vive na Modernidade Jurídica, porquanto, embora vivendo sob a égide dos direitos fundamentais, próprios do Estado Democrático de Direito ou Estado de Direito, somos obrigados a concluir que esta mesma população, no plano efetivo não conseguiu construir um Estado de Justiça “tout court”

A este propósito, revelador desta situação é o artigo de Oded Grajew, publicado no jornal Folha de São Paulo do dia 29 de setembro de 2000 (p.A3), intitulado “Converter a dívida externa em programas sociais”: *O Brasil é o campeão mundial da desigualdade social. Nossas crianças estão entre as mais mal tratadas do mundo. Duzentas mil crianças abaixo de 5 anos morrem anualmente por razões absolutamente evitáveis. Milhões de brasileiros vivem na miséria. Os serviços públicos de educação e saúde estão caindo aos pedaços. Por falta de renda, milhões de brasileiros estão fora do mercado.*

A evidência destas denúncias que se estendem pelo menos por mais de trezentas linhas no jornal, é um retrato trágico daquilo que acontece no Brasil, como ocorre com toda periferia da ordem econômica mundial.

Boaventura de Souza Santos faz uma classificação gradativa das desigualdades articuladas pelo sistema mundial moderno em: países centrais, periféricos e semiperiféricos. Evidentemente o Brasil encontra-se tanto na periferia do sistema mundial quanto, em boa parcela, com grandes bolsões, na semiperiferia, como ocorre nos demais países da América latina, da África e de todos os demais continentes, com exceção de alguns países da Europa, mais Estados Unidos, Canadá e Japão que se encontram no centro do sistema mundial moderno.

Na periferia e semiperiferia, *a economia foi socializada em pequenas ilhas de inclusão que passam a existir em vastos arquipélagos de exclusão; a politização do Estado*

*cedeu freqüentemente à privatização do Estado e à patrimonialização da dominação política; a identidade cultural nacionalizou muitas vezes apenas a caricatura de si mesma.* (SANTOS, 1999:40)

Nesta classificação de Boaventura de Souza Santos é possível, a nosso ver, constatar que, a cada classificação gradativa das *desigualdades articuladas* na sociedade, corresponde um tipo de ordem jurídica, o que será demonstrado a partir da aplicação da metodologia dos *tipos ideais* criados por Max Weber.

Weber, diferentemente de Kelsen, propõe realizar uma distinção entre ordem jurídica no sentido dogmático e no sentido empírico, dando-lhe um sentido heurístico, fundamental para a explicação empírico-causal do fenômeno jurídico. Nesse sentido, ARGÜELO (1997) lembra que:

*A sociologia weberiana é, em síntese, uma ciência compreensiva e causal, isto é, pode ser constatada a partir do sentido visado pelo indivíduo em sua ação. Esse sentido é o motivo subjetivo-empírico que o sujeito possui para efetivar sua ação. Não trata, portanto, de buscar o sentido do “justo” e do “válido”. Desta maneira Weber reconstrói o edifício social e finaliza em uma concepção empírica do Direito, partindo sempre do indivíduo que está em seu alicerce. (p.125)*

*A probabilidade de que os participantes numa ação social ou numa relação social se orientem de acordo com uma ordem legítima chama-se “validade” da respectiva ordem. Não significa, entretanto, mera regularidade ou hábito, ou ainda, orientação de acordo com uma situação de interesse. (p.125).*

O mesmo autor continua: *Para a Sociologia, cada ordem pode ter sua validade na medida em que consiga determinar efetivamente o comportamento; portanto, nada impede que, existindo diversas ordens opostas entre si, estas possam ter sua validade dentro de um mesmo conjunto de indivíduos. É possível, ainda, que o mesmo sujeito oriente o seu comportamento por ordens diferentes e contraditórias entre si. (p.125/126)*

*A legitimidade, que coincide com a validez, pode ser atribuída a um ordenamento de maneira distinta, conforme os seus membros atuem em virtude da razão, da tradição ou da fé. A legitimidade pode ser garantida de duas maneiras: a) puramente interior (afetiva, racional com relação a valores e religiosa) e b) pela expectativa de determinadas consequências externas (situação de interesse ou expectativas de certo tipo).*(p.126).

Sem a intenção de nos aprofundarmos nesta metodologia dos tipos ideais, importante verificar que com ela é possível identificar vários tipos de ordens jurídicas, embora no plano da dogmática apresentem-se formalmente iguais. Assim, levando-se em consideração esta metodologia no estudo da Ordem Jurídica de determinado país, ou de determinada região do país, com sua linguagem, é possível encontrar um certo rigor, uma certa coerência, dando-se exatidão a uma certa gama de conceitos que, por estarem ligados aos campos da sociologia e da historiografia, são diferentes da linguagem utilizada nas ciências não sociais.

A proposta é levar em consideração inúmeros aspectos da vida quotidiana, dando-se especial atenção aos sociais, políticos e econômicos. A linguagem participa também da construção da realidade, como quem alimenta a realidade e é alimentada por ela num conhecimento recíproco e dialético.

Mas é precisamente para proporcionar uma investigação histórico-social que Weber propôs a teoria do *tipo ideal* para identificarmos os tipos de sociedades que mais se aproximam ou distanciam dos direitos fundamentais e, a partir daí, podemos verificar que muitos países embora tenham positivados os mesmos direitos na ordem jurídica, não cumpriram o terceiro momento que seria sua concretização no mundo dos fatos, ou seja, no momento da “práxis”, afastando-se dos *tipos ideais* de ordem jurídica.

A formulação do conceito é assim explicitada por Weber :

*O tipo ideal obtém-se pela acentuação unilateral de um ou de alguns pontos de vista pela conexão de certa quantidade de fenômenos difusos e discretos, existentes aqui em maior e lá em menor medida, por vezes até ausentes, correspondentes àqueles pontos de*

*vista unilateralmente evidenciados, em quadro conceptual em si unitário. Em sua pureza conceptual, esse quadro nunca poderá ser encontrado empiricamente na realidade: ele é uma utopia. E ao trabalho histórico se apresenta a tarefa de verificar, em cada caso individual, a maior ou menor distância da realidade daquele tipo ideal, estabelecendo, por exemplo, em que medida o caráter econômico das relações de determinada cidade pode ser qualificado conceitualmente como próprio da economia urbana.*(apud REALE e ANTISERI, 1991c: 473).

Como se vê, o “tipo-ideal” é um instrumento metodológico e de investigação e pesquisa nas áreas humanas especialmente no campo da sociologia, sendo possível construir quadros ideais de ordens jurídicas, de cristianismos, de capitalismos, etc. Comparamos assim o mundo existente a partir de realidades existentes de fato e, conhecido o modelo ideal, temos um paradigma possível que servirá de modelo para aproximarmo-nos ou distanciarmo-nos deste tipo ideal, comparando com outras realidades semelhantes.

Esta metodologia, embora tenha sua fonte na realidade, com ela não se identifica, pois a *tipicidade ideal* se afasta da realidade para afirmar melhor seus vários aspectos.

Com o objetivo de conhecer o *tipo ideal* de ordem jurídica e quais dele se aproximam ou se distanciam, tomamos como ponto de partida as *categorias jurídicas fundamentais* no momento da práxis. Nesse sentido, os países que mais se aproximam da modernidade jurídica são aqueles que conseguiram mais socializar os direitos fundamentais como terceiro momento.

Há um distanciamento da modernidade jurídica na mesma medida do distanciamento dos direitos fundamentais. Vários dados da realidade em termos comparativos podem ser aferidos como índices de mortalidade infantil, de violência urbana e rural, de miséria crônica das populações, as ofertas de educação, de saúde, de investimentos, de dívida interna, de dívida externa, participação popular, como critérios de aferição de aproximação ou de distanciamento do *tipo ideal*.

Nesse sentido, o Brasil distancia-se do *tipo ideal*, colocando-se na periferia e na semiperiferia do sistema mundial e, embora a positivação dos direitos fundamentais seja a mesma existente nos países ricos do sistema central, não se pode concluir que a ordem jurídica seja a mesma por faltar-lhe maior aproximação do terceiro momento.

BOBBIO (1992) fala deste terceiro momento implicitamente quando afirma que “*o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los. Não preciso aduzir aqui que, para protegê-los, não basta proclamá-los*”(…)“*O problema real que temos de enfrentar, contudo, é o das medidas imaginadas e imagináveis para a efetiva proteção desses direitos*”. (p.37)

Assim, podemos claramente identificar estes tríplexes momentos:

Primeiro momento: *o importante não é fundamentar os direitos do homem* – momento ontológico, que pressupõe uma situação cultural como fundamento das normas em seus momentos transcendentais.

Segundo momento: *mas o importante é protegê-los. Não preciso aduzir aqui que, para protegê-los não basta proclamá-los* – momento do dever ser, no sentido jurídico de prescrição, de imperativo, de comando normativo, momento da técnica.

Terceiro momento: *O problema real que temos de enfrentar, contudo, é o das medidas imaginadas e imagináveis para a efetiva proteção desses direitos* – é o momento da práxis, ou momento pragmático em que os destinatários da norma devem conduzir-se de acordo com a norma prescribente.

Tal grande problema é que, normalmente, sob o influxo de correntes econômicas do capitalismo, preferem certos governantes comportar-se como se os direitos fundamentais fossem normas autorizativas ou permissivas de conduta e não obrigatórias.

No Brasil, por estar classificado dentre os países de maiores desigualdades sociais, classificado portanto como país periférico, a ordem jurídica também é periférica no

plano da práxis. Para transpor este limite, é necessário primeiramente garantir eficácia aos direitos fundamentais, podendo a Magistratura dar sua imprescindível contribuição.

### 3.5 Garantia como Macroconceito

Uma vez estudado o quadro das desigualdades sociais através do método do *tipo ideal* de ordem jurídica, uma vez verificado que o terceiro momento, o da concreção dos direitos fundamentais é condição *sine qua non* para aproximarmo-nos da ordem jurídica central, é importante verificar que:

*En todos los casos se puede decir que la mera legalidad, al limitarse a subordinar todos los actos a la ley cualquiera que sea, coincide con su legitimación formal, mientras la estricta legalidad, al subordinar todos los actos, incluidas las leyes, a los contenidos de los derechos fundamentales, coincide con su legitimación sustancial.* (FERRAJOLI, 1995: 857)

A *legitimação substancial* é sinónimo de *garantismo* e só pode existir no Estado de Direito, isto é, num Estado que não só esteja formalmente submetido ao *princípio da legalidade*, mas que todas as leis dirigidas aos poderes do Estado estejam a serviço dos *direitos fundamentais* dos cidadãos.

Há no *garantismo* uma imposição constitucional aos deveres públicos no sentido de estabelecer uma obrigação de não fazer, vale dizer, há a proibição de lesionar os direitos de liberdade e, ao mesmo tempo, uma obrigação de fazer, qual seja, de satisfazer os direitos sociais. Por parte dos cidadãos há o correspondente direito de requerer a tutela judicial.

No Estado de Direito todos os poderes se encontram, por conseguinte, limitados por deveres jurídicos relativos não só quanto à forma, mas também ao conteúdo do seu exercício, cuja violação é causa de invalidação do ato que pode ser objeto de ação judicial, ao menos em teoria, por parte da sociedade, para responsabilizar a autoridade.

Se o grande problema da modernidade atual é no sentido de que os direitos fundamentais cheguem ao momento da prática, o Poder Judiciário, tanto quanto os demais órgãos do Estado, por estarem sujeitos ao princípio da legalidade, devem fazer valer o imperativo legal, sob pena de sua omissão tornar ineficaz toda ordem jurídica. Assim sendo, a responsabilidade do órgão judiciário reflete-se no modo de conceber o trabalho do juiz como garantidor da democracia ou, se for o caso, de ser seu reconstrutor. Nesse sentido, cabe lembrar que:

*El progreso del estado de derecho y de la democracia sustancial, difícil y fatigoso, consiste obviamente, más que en el crecimiento de las promesas, en el desarrollo de las garantías capaces de hacerlas realidad. Puesto que la distancia entre deber ser y ser forma parte de la imperfección del mundo, tal realización resulta siempre imperfecta. Pero esta distancia es también la principal fuerza ofrecida – al menos en el plano jurídico – a los titulares de los derechos proclamados pero insatisfechos: gracias precisamente a las garantías, tales derechos, en la medida en que son insatisfechos, pueden deslegitimar los poderes, invalidar sus acciones o sus omisiones, obligarlos a las prestaciones que les corresponden. En este sentido, el estado de derecho es caracterizable como un modelo de ordenamiento que permite no tanto la legitimación, cuanto sobre todo la deslegitimación jurídica o interna del funcionamiento de los poderes públicos y de las normas que éstos producen y no producen. El análisis de las formas de esta deslegitimación constituye uno de los principales problemas teóricos de una ciencia jurídica garantista. Y esto remite a nuestra segunda acepción de “garantismo”, a la que se dedica al apartado siguiente. (FERRAJOLI, 1995: 867/868)*

Tornar realidade as promessas é fazer do Estado instrumento da construção democrática que, todavia, é responsabilidade de todos os cidadãos, cuja contribuição não pode limitar-se a colocar seus votos na urna. Cabe verificar, como alerta, duas falácias de direitos



fundamentais que as forças antidemocráticas invocam: a primeira é a falácia politicista, a segunda é a falácia garantista.

A politicista baseia-se na idéia de que basta a força de um poder bom para que as funções de tutela estejam garantidas, dispensando até mesmo a mediação de complexos sistemas normativos de garantias com capacidade de limitá-lo, vinculá-lo, instrumentalizá-lo e mesmo deslegitimá-lo.

A falácia garantista traz a idéia de que basta a existência de um direito bom e dotado de um sistema avançado e atual das garantias constitucionais, para conter o poder e colocar os direitos a salvos de seus desvios.

Estas e tantas outras ideologias constituem *a indevida derivação do ser do dever ser*:

*Frente a semejantes ilusiones la experiencia enseña que ninguna garantía jurídica pueda sostenerse exclusivamente sobre las normas; que ningún derecho fundamental puede sobrevivir concretamente sin el apoyo de la lucha por su realización por parte de quien es su titular y de la solidaridad con ella de fuerzas políticas e sociales; que, en suma, un sistema jurídico, incluso técnicamente perfecto, no puede por sí solo garantizar nada. Por el contrario, escribió Vittorio Emanuele Orlando, "ninguna persona de buen sentido creará que un simple cambio de una o más leyes podría bastar para que el ciudadano inglés del siglo XX vaya a encontrarse, frente a su soberano, en la misma condición de los subditos del imperador de Uganda. FERRAJOLI, 1995:642)*

Os direitos fundamentais devem ser a conjugação do esforço de todos os cidadãos em defesa dos direitos fundamentais de cada um, garantia esta que repousa na soberania nacional. Cada cidadão, neste sentido, para dar validade real a tais valores, deve ver, no outro, a própria identidade, a percepção de que o direito de um é o direito de todos, no sentido de que assim está construindo uma nova consciência moral e cultural.

Se não é bastante a existência de um governo considerado bom, nem a existência formal dos direitos fundamentais na constituição para lhes dar garantia, é

necessário acrescentar de que nada disso seria suficiente para a garantismo sem a presença da figura do juiz comprometido com a Constitucional e com a democracia.

Boaventura de Souza Santos, ao tratar da administração da justiça enquanto instituição política e profissional lembra que a concepção da administração da Justiça, como uma instância política foi inicialmente propugnada pelos cientistas políticos nos tribunais um subsistema do sistema político global, colocando os juízes no centro do campo analítico:

*Os seus comportamentos, as decisões por eles proferidas e as motivações delas constantes, passaram a ser uma variável dependente cuja aplicação se procurou nas correlações com variáveis independentes, fossem elas a origem de classe, a formação profissional, a idade ou sobretudo a ideologia política e social dos juízes. A Segunda consequência consistiu em desmentir por completo a idéia convencional da administração da justiça como uma função neutra protagonizada por um juiz apostado apenas em fazer justiça acima e eqüidistante dos interesses das partes.* (SOUZA SANTOS, 1995:173)

Assim sendo, embora tenha o juiz o dever constitucional de defender os direitos humanos em todas as suas decisões, não somente como um compromisso com a ética, mas como um compromisso com a própria Constituição que prometeu defender, sobre esse domínio pesam sólidas tendências ideológicas.

Na parcela da magistratura, com tendência ao chamado “conflitivismo pluralista”, em que predominam as idéias de mudança social e se defende o reformismo, SOUZA SANTOS (1995) lembra que esta magistratura visa o aprofundamento da democracia dentro do marco jurídico-constitucional do Estado de direito e, os de tendência mais radical, do tipo “conflitivismo dicotômico” de tipo marxista, agrupam juízes que adotam o “uso alternativo do direito”, numa função mais criadora de uma sociedade verdadeiramente igualitária. (p.174).

Desta forma, o papel dos cidadãos é exigir cada vez mais a concreção dos direitos fundamentais positivados através de operadores do direito comprometidos com a democracia, e ao magistrado, como órgão do Poder Judiciário, reconhecer os mecanismos

levados à sua consideração, capazes de habilitá-lo profissionalmente a responder por demandas democratizantes. A partir da Teoria Geral do Direito, importa compreender como é possível garantir eficazmente os direitos fundamentais e utilizá-los como mecanismo de conscientização do magistrado.

A Filosofia do Direito compreende três grandes ramos, a saber: Teoria Geral do Direito, Teoria da Justiça e a Sociologia Jurídica.<sup>62</sup> A Garantia, como Macroconceito, será tratada aqui no âmbito epistemológico, portanto, dentro da Teoria Geral da Justiça, levando-se em consideração os estudos de Antonio Manuel Peña Freire.

Sem a pretensão de esgotar este macroconceito, torna-se importante ressaltá-lo neste trabalho como marco relevante para a concretização dos direitos fundamentais. Através deste estudo, buscou-se encontrar, na Constituição, os distintos elementos e procedimentos capazes de expressar e promover a garantia dos valores fundamentais e os direitos básicos da personalidade.

Assim, visa-se, também, a uma leitura do modelo de Estado e de Direito sob a ótica constitucional da Garantia.

O conceito de Garantia apresenta uma certa complexidade, uma vez que, a partir desta matriz teórica, será possível identificar outras, com função de garantia. Por sua vez, a Teoria Geral do Direito é a disciplina responsável pela elaboração e desenvolvimento dos conceitos jurídicos mais gerais, isto é, dos mais fundamentais e abstratos que podem ser encontrados nos diversos e diferentes sistemas jurídicos.

Exatamente por se localizarem nos mais distintos sistemas é que são chamados de macroconceitos jurídicos, ou de categorias jurídicas básicas, ou simplesmente categorias jurídicas.

---

<sup>62</sup> SOUZA SANTOS (1995), tem observado que: *A sociologia do direito só se constitui em ciência social, na acepção contemporânea do termo, isto é, em ramo especializado da sociologia geral, depois da segunda guerra mundial. Foi então que, mediante o uso de técnicas e métodos de investigação empírica e mediante a teorização própria feita sobre os resultados dessa investigação, a sociologia do direito verdadeiramente construiu sobre o direito um objeto teórico específico, autônomo, quer em relação à dogmática jurídica, quer em relação à filosofia do direito. No entanto, antes deste período foi grande e rica a produção científica orientada por uma perspectiva sociológica do direito, e a tal ponto que a sociologia do direito é, sem dúvida, de todos os ramos da*

Sendo a Teoria Geral do Direito responsável pelos macroconceitos jurídicos, são objetos desta teoria conceitos como *sujeito, norma jurídica, relação jurídica, ordenamento jurídico, negócio jurídico, validade, eficácia*, etc. Os conceitos de *sujeito* e de *norma jurídica*, por exemplo, podem ser encontrados nos mais diversos e diferentes sistemas. Trata-se dos macroconceitos fundamentais, porque na sua configuração lógica e sistemática permanecem invariáveis, independentemente do ramo do direito em que sejam aplicados. As categorias jurídicas fundamentais não dependem do conteúdo concreto das normas jurídicas de um ordenamento jurídico.

O conceito de Garantia formulado por PEÑA FREIRE no âmbito da Teoria Geral do Direito é assim justificado:

*En conclusión, del mismo modo que la teoría general del derecho pretende un acercamiento abstracto y formal al derecho que permita la elaboración de principios, conceptos y categorías comunes a los distintos sistemas jurídicos (Atienza, 1985,291), nosotros pretendemos un acercamiento abstracto o formal a la garantía que trascienda – sin negarlas – las concretas configuraciones normativas presentes en los sistemas jurídicos en los que puede localizarse. Pretendemos, por lo tanto, la construcción y análisis de la garantía como una categoría objeto de la teoría general del derecho. (PEÑA FREIRE, 1997:20).*

Esta forma de compreender os conceitos, independentemente do ramo e do ordenamento jurídico em que se acham inseridos, não é, contudo, pacífica nos dias de hoje. A aproximação abstrata e formal dos conceitos deve levar em consideração a estrutura política ou social a que se referem, bem como o tempo e o espaço existente com os quais se pretende operar, pois as normas jurídicas não falam por si próprias, devendo, assim, ser interpretadas em função de inúmeras circunstâncias que as cercam.<sup>63</sup>

---

*sociologia aquela em que o peso dos precursores, das suas orientações teóricas, das suas preferências de investigação, das suas criações conceptuais, mais fortemente se tem feito sentir. (p.161)*

<sup>63</sup> PEÑA FREIRE (1997), a este respeito, observa que: *Sin embargo, hay numerosas razones para no pensar así: las normas, y ésta es la principal, no hablan de sí mismas, y toda norma para existir, tiene que ser leída, esto es, valorada, interpretada o aplicada por alguien. Esta lectura puede hacerse desde numerosos y variados puntos de vista que, necesariamente, afectarán al propio significado normativo. La conclusión es evidente: las normas no son ecuaciones o factores neutros sino cadenas de argumentación que, en todo caso, traducen valores ideológicos e intereses sociales, políticos y económicos. (p. 22).*

A pretensão de abstração ou de superação da realidade em que o direito se encontra edificado não pode ainda ser radicalizado ao ponto de separá-lo da realidade social e política, por ser impossível separar uma relação que se mantém em função do sentido e do significado que lhe confere constantemente esta realidade.

Ademais, sendo o direito um fenômeno social, concebido para reger a vida em sociedade, há uma interdependência entre direito e sociedade, de tal forma que toda abertura epistemológica deve levar em conta as influências e valores socialmente relevantes que incidem sobre o ordenamento.<sup>64</sup> Há, freqüentemente, na história, uma mudança de sentido em relação à natureza e função do direito ou dos saberes jurídicos. A substituição de uma epistemologia por outra decorre, quase sempre, de uma mudança de pensamento histórico e filosófico.

Depois de um domínio pacífico e quase exclusivo da hermenêutica positivista, verifica-se atualmente uma mudança em relação ao monismo e à taxinomia de um direito puro, em função das mudanças de um mundo plural e globalizado<sup>65</sup>.

O estudo crítico dos princípios, hipóteses e resultados de uma hermenêutica que via o direito como algo monolítico, desvinculado da realidade, dá lugar a uma nova epistemologia, que visa a determinar novos fundamentos lógicos e valores ao alcance da nova realidade.<sup>66</sup>

O novo paradigma não se coaduna com o isolamento analítico, impugnando assim as pretensões de conhecimento científico exclusivamente técnico, propugnando por um paradigma que leve em conta a natureza social, de tal forma que seja possível entender que

---

<sup>64</sup> Segundo ainda PEÑA FREIRE, (1997) *la conexión social o la apertura epistemológica no tienen sólo una función supletoria o subsidiaria de los análisis jurídicos, en la medida en que éste aparece inevitablemente conectado con lo histórico, implicado en lo social y, en el modelo constitucional, vinculado teleológicamente a lo externo, dada la influencia de intereses y valores socialmente relevantes que inciden sobre el ordenamiento.* (p.22).

<sup>65</sup> A revista Tribuna da Magistratura, de março de 1997, trouxe à página 129-133 um excelente artigo intitulado Mercosul e a Integração Legislativa: O Papel da Magistratura perante a Justiça Social, no qual sobressai o seguinte trecho a propósito da criação de um Tribunal de Justiça para o Mercosul: *A tendência que sobressai é a de que as funções jurisdicionais sejam subtraídas ao Poder Judiciário, através da criação de organismos que tenha a sua aparência, mas não do seu poder de solucionar conflitos. No caso de recurso, questiona-se, a quem deveriam as partes se dirigir; seria talvez a "outro organismo jurídico imparcial, com aparência de Tribunal?*

<sup>66</sup> Para Peña Freire, o monismo jurídico, a pureza do direito *comienzan a no ser condiciones de idoneidad del conocimiento o presupuestos metodológicos necesarios y pasan a ser observados, cada vez más, como obstáculos epistemológicos al despliegue del saber conforme a las nuevas coordenadas paradigmáticas.* (FREIRE, 1997: 22/23).

*...todo conocimiento científico-natural es también científico-social (Santos, 1987, 37) o afirmar la necesidad de conectar la teoría del conocimiento con la teoría de la sociedad sugerida, para las ciencias sociales (Habermas, 1968, 302). También la contextualización del conocimiento (Santos, 1987 y 1989). (PEÑA FREIRE, 1997:23).*

A nova hermenêutica questiona o monismo epistemológico e se vincula cada vez mais ao pluralismo metodológico, descartando assim uma única e exclusiva via de acesso ao conhecimento, afirmando cada vez mais a necessidade do uso articulado de diversas técnicas de investigação do direito. Dentro deste novo paradigma será possível utilizar diversas técnicas, propostas e critérios de interpretação, sem que, com isso, se incorra numa contaminação metodológica ou manifesta falta de rigor.

Se o monismo jurídico vê o direito como um sistema carente de sentido e que se reproduz independentemente dos valores e pretensões sociais que o afetam, para fazer frente a esta simplificação, as novas coordenadas paradigmáticas apontam para a superação de toda forma de conhecimento que desvincule as circunstâncias sociais ou que as considere irrelevantes ou inúteis.

Se considerarmos, portanto, que não se pode negar ao próprio ato de conhecimento sua natureza social, todo ato de conhecimento pode rechaçar qualquer pretensão de descontextualização ou de depuração metodológica que proponha o isolamento do objeto de análise. A complexidade dos processos sociais e a impossibilidade de subtrair desta realidade os fenômenos neles existentes, torna possível afirmar a idoneidade de cada análise científica que leve em consideração toda aproximação contextual, plural e flexível dos fenômenos que se pretende conhecer.<sup>67</sup>

Se, de um lado, a teoria geral do direito é insuficiente por si mesma para dar a conhecer as estruturas sociais e econômicas de um país, seria tão reducionista afastá-la como não levá-la em consideração. A investigação jurídica tem sua transcendência, não podendo

---

<sup>67</sup> PEÑA FREIRE (1997), amparado em Barcellona, explicita que: *El uso en la investigación jurídica de elementos históricos, políticos o sociales o el recurso a la tipología social o datos extrajurídicos permitirán calibrar la transcendencia de la realidad social en el campo jurídico (Barcellona, 1984, 5). Esta afecta no solo al estudio de las relaciones de los textos con su realidad extratextual, antes considerados como dos mónadas separadas, sino la misma idea de derecho, a sus categorías e instituciones básicas y a las funciones jurídicas más relevantes.* (p. 24).

prescindir de elementos históricos, políticos, sociais, nem do recurso à tipologia social ou de dados extrajurídicos. Há um vínculo do texto com a realidade extratextual, de forma que o texto é completado por outros saberes ou estudos jurídicos.

Se, pois, a Teoria Geral do Direito não serve para fazer conhecer a estrutura social e econômica, estas duas dimensões são necessárias para determinar o Direito. A Teoria Geral do Direito, por seu turno, não pode ser substituída por uma teoria de caráter econômico ou por uma teoria de caráter social. Ela há de ser vista por seu caráter multidimensional.

Por uma exigência axiológica e estrutural e por compreender de certa forma um modelo normativo, a Garantia incorpora na Teoria Geral do Direito um elemento finalista, na medida em que maximiza maior tutela em função de privilegiar os direitos fundamentais. Tais garantias não são perfeitas e nem há sistemas perfeitos de Garantia dos Direitos Fundamentais, mas expressões mais ou menos perfeitas de garantias, posto que há de se distinguir o modelo constitucional do funcionamento efetivo do sistema.

Há uma razão para esta distinção: é que os valores consagrados pela sociedade como valores fundamentais servem de modelos normativos, mas apresentam uma impossibilidade de sua realização efetiva.

Havendo uma impossibilidade de redução ou assimilação entre ordens valorativas, normativas e efetivas (dos fatos), deve-se distinguir o mundo do ser e o mundo do dever ser. Há uma natureza contrafática, porque os valores, por sua própria natureza finalista, ou são inalcançáveis ou irrealizáveis na prática.

Os valores por sua natureza axiológica comportam-se como ideais a serem alcançados, porém precisam ser materializados através das normas, ou seja, os valores devem ser expressos normativamente, mas não há uma única linha de aproximação, porque a relação é de adequação ou de desvio. Não significa, porém, que os valores jamais sejam alcançáveis pela prática, mas a linha não é única, pois as práticas podem ser mais ou menos adequadas e mais ou menos desviadas. Há aportes qualitativos e não só quantitativos no sentido ideal de valor, admitindo distintas possibilidades em função de juízos referidos à margem.

A relação entre valor, norma e fato é, portanto, susceptível de adequação ou de desvio. O macroconceito de Garantia, embora seja uma categoria jurídica analisável do ponto de vista da Teoria Geral do Direito, não se pode evidenciar sua essência como ocorre com seus opostos, a arbitrariedade e a opressão como exemplos. Isto por uma razão, o conceito de garantia é multidimensional, pois não há uma entidade ou essência que a identifique por si mesma, nem que possibilite, ainda que precariamente, que ela seja decomposta ou simplesmente utilizada sequer como fator de exclusão conceitual.

A identificação da Garantia só será possível, portanto, pela análise e identificação de outros elementos existentes no sistema, mas especialmente, pela análise das relações jurídicas que a faz revelar-se, mesmo nesta complexidade.

O Autor explicita três razões que abonam esta tese:

a) *La garantía no es un ente abstracto que se pueda escindir – ni siquiera para su estudio – de los bienes y valores garantizados. Determinar la función de la garantía nos ha llevado a comprobar que su oikos es constitutivo de su auto, que la garantía tiene naturaleza procesal o instrumental...* (PEÑA FREIRE 1997:25).

para

Visto desta forma, entende ser absurda a indagação: ? *qué es la garantía?* , admitindo que a formulação há de ser outra, qual seja: ? *Cómo se expresa o cómo funciona la garantía?* ... (PEÑA FREIRE 1997:25).

b) A segunda razão dada é que, por exigências axiológicas e estruturais do modelo normativo em que existe o conceito de garantia, este incorpora um elemento finalístico que lhe dá sentido na medida que *maximice el grado de tutela* dos valores mais importantes do sistema jurídico-político no qual está inserido e representado no Estado Constitucional.<sup>68</sup>

<sup>68</sup> O Estado Constitucional ou Estado de Direito, ou Estado Constitucional de Direito é visto aqui como aquele que tem sua origem no Estado de direito clássico: o Estado Liberal ou Legislativo de Direito, após sucessivas mutações e mudanças. No entanto, o sentido deste Estado Constitucional se visto simplesmente como um modelo jurídico-político geral, pode compreender tanto o Estado autoritário como o Estado Social; há de se verificar se, a par do Estado Constitucional, ainda perduram outros conceitos jurídicos básicos, como os herdados do passado que, no momento, não mais encontram justificação no presente, seja pelo método adotado, pela mentalidade e pela estrutura, seja pela forma de pensamento.



Para a concepção de um Estado Constitucional que represente um Estado de garantia, há de se verificar se nele está incorporado o elemento finalístico da garantia que são os direitos fundamentais das pessoas, pois sem tal elemento inexiste sistema garantista.

c) A terceira razão para a identificação do conceito de garantia é socorrer-se de noções-chave que se aproximem dele, tais como constituição, Estado Constitucional de Direito, direitos subjetivos, interesses legítimos, etc. Estas noções, contudo, não são unívocas e claras, mas equívocas, circunstanciais, o que faz com que as relações de garantia com essas noções não possibilitem uma mera associação ou uma negação em sentido mecanicista. Não é possível uma lógica binária de verificação do tipo verdadeiro ou falso, mas uma lógica difusa e polivalente de graus de aproximação, pois nunca se garante tudo ou nada.

Para Ferrajoli, o importante é verificar sempre o modelo constitucional e o funcionamento efetivo do sistema. Assinala ainda que esta graduação decorre dos valores expressos nos modelos normativos e da sua impossibilidade de sua realização efetiva, dada a relação contrafática existente no campo do ser e do dever ser.

A impossibilidade de redução entre ordens valorativas, normativas e efetivas, ou seja, entre valor, norma e fatos, decorre da natureza contrafática, isto é, os valores são inalcançáveis ou mesmo irrealizáveis na prática, embora seja possível uma aproximação aos valores. Portanto, não se pode reduzir realidades valorativas com realidades normativas e realidades efetivas. Em outras palavras, não se pode reduzir o dever ser ao ser.

O que se procura demonstrar é que esta irreducibilidade entre ser e dever ser não significa incomunicabilidade entre conceitos ou argumentações axiológicas, deontológicas e fenomenológicas, porque ela existe em todos os sentidos.

Frente a esta simplificação limitativa das possibilidades de conhecimento baseada no binômio, verdade-mentira, Peña Freire propõe que se recupere o valor epistemológico e prático do valor, da metáfora, das justificações racionais, da idéia de ficção ou do mito político. Para Peña Freire, *as práticas podem ser mais ou menos adequadas ou desviadas* (FREIRE 1997:28), havendo um critério de verificação das Garantias:

*Garantías, desde este punto de vista, son todos aquellos procedimientos funcionalmente dispuestos por el sistema jurídico para asegurar la máxima corrección y la mínima desviación entre planos o determinaciones normativas del derecho y sus distintas realizaciones operativas, es decir, entre las exigencias constitucionales o normativas y la actuación de los poderes públicos, entre los valores inspiradores del sistema constitucional y su configuración normativa o institucional.* (PEÑA FREIRE 1997:28/29)

### **3.6 Fundamentos Atuais para o Uso Alternativo do Direito**

A idéia de democracia é vista por Bobbio num ângulo diferente da de Gramsci, mas coincidentes no sentido de se buscar maior grau de efetividade aos valores e ideais da democracia, tanto quanto a vontade da maioria dá legitimidade à garantia da democracia.

O Poder Judiciário, como os demais poderes, é criação constitucional, mas diferentemente dos demais, nos países democráticos, como no caso do Brasil, não é legitimado por eleições, mas por concurso público de títulos e provas, visando que, na prática judiciária, haja possibilidade das normas legais serem revistas em função de obter resultados racionais, mas principalmente da necessidade de se buscar maior grau de efetividade aos valores e ideais da democracia, contidos na Lei Maior.

Embora a legalidade marque os limites do território onde e como deve atuar a sociedade, os operadores do direito, como os membros do Poder Judiciário, têm como pressuposto a legalidade do Estado Democrático que, em princípio, não deve ser questionado. Mas o Direito, como sustenta Kant, à margem de seu conteúdo concreto, tem um valor ético, uma racionalidade que se introduz nos *conflitos sociais*.

Não se trata de uma racionalidade absoluta em adesões e em eficácia, que muitos temem, promotora de inseguranças jurídicas inaceitáveis ou que quase poderiam confundir-se com ilegalidade.

Nicola López Calera em artigo intitulado “Há muerto el uso alternativo Del derecho?”<sup>69</sup> indaga se será conveniente perguntar frente a que (ou deve ser) alternativo o uso do direito.

Lembra que, no início, esta escola do uso alternativo seria frente ao sistema que, em princípio, favorecia (ou favorece) o capital e os proprietários em detrimento da classe trabalhadora, lembrando, todavia, que não há até hoje uma antropologia e uma filosofia da história capaz de oferecer com doses importantes de receptividade social, um “relato total” e “alternativo” ao sistema social dominante.

Assim sendo, propõe uma alternativa ao “uso alternativo do direito” que consistiria melhor e modestamente, na ampliação dos espaços da liberdade, ou seja, na proteção efetiva à liberdade e a igualdade frente aos poderes cada vez mais totalizantes e globais do Estado. Poderes difíceis de serem controlados, visto que, muitas vezes, apresentam-se sob o manto de “interesse público”, “estabilidade social” ou, ainda, “segurança do Estado”.

A proposta para o impasse antropológico e filosófico seria, na Espanha, a aplicação saudavelmente obsessiva, do artigo 9.2 da Constituição Espanhola, qual seja: *Promover las condiciones y remover los obstáculos” para que a igualdad e a liberdade sejam reais.*

Entre nós seria a aplicação de todos os direitos e garantias individuais e coletivas contidos na Constituição Brasileira e, principalmente, aquilo que singelamente proclama o art. 3º da CF/88: *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, de raça, sexo, cor, idade e qualquer outras formas de discriminação.*

Todavia, a racionalidade vista nos tribunais brasileiros tem sido, comumente, no sentido de buscar uma coerência legal formalista, principalmente no campo processual,

---

<sup>69</sup> CALERA, Nicolas López. Ha muerto el uso alternativo del Derecho? Espanha: Revista *Claves de razón práctica*. N. 72, pág. 32/35.

sem uma atenção maior às proclamações universais dos direitos e liberdades de todos os seres humanos sem distinção alguma e, inclusive, mais além das prerrogativas da cidadania.

A proposta de Calera para um razoável *uso alternativo do direito* seria no sentido de respeitar a legalidade, especialmente aquela entendida como legalidade ordinária, onde os excessos alternativos costumam ser mais difíceis (por serem normas particulares e técnicas), mas avançando, sobretudo, para uma hermenêutica atenta à legalidade constitucional.

Neste mesmo sentido, ARRUDA JR remete o jurista a uma legalidade constitucional, observando que *A tese da constitucionalização do direito positivo brasileiro, com a postulação de efetividade das normas constitucionais reconhecedora de princípios normativos universais, bandeira próxima do garantismo, atesta esse processo construtivo de um novo direito por dentro do direito, não por fora dele.*<sup>70</sup>

Assim sendo, Calera entende que, *La mejor 'argumentación jurídica' alternativista es la que gira en torno a un interés que debe ser privilegiado: el efectivo desarrollo de aquellos espacios donde los déficits de libertad e igualdad son mayores y donde habitan sujetos más desprotegidos.*<sup>71</sup> (CALERA, 1997:33)

Esta nova hermenêutica não só tenderia a uma vocação garantista, mas conectaria com algumas das principais propostas de Luigi Ferrajoli.<sup>72</sup>

Para o Ferrajoli de hoje, diz Calera, não há muito espaço para se voltar ao *uso alternativo do direito* quando se verifica a crise da razão jurídica, isto é, a crise da própria capacidade de regulamentação do direito sobre sociedades avançadas, enormemente complexas, mas com poderes incontroláveis.

---

<sup>70</sup> ARRUDA JR, Edmundo Lima de. Magistrado, (dês)Ordem Jurídica e Construção Democrática. Palestra proferida no VIII Congresso Nacional dos Magistrados do Trabalho. Fortaleza, 15 de maio de 1997. Biblioteca do CPGD/UFSC.

<sup>71</sup> Tradução Livre: A melhor argumentação jurídica alternativista é a que gira em torno de um interesse que deve ser privilegiado: o efetivo desenvolvimento daqueles espaços onde os déficits de liberdade e igualdade são maiores e onde vivem sujeitos mais desprotegidos.

<sup>72</sup> FERRAJOLI foi um dos promotores da doutrina alternavista dos anos setenta, quando tinha um certo desprezo pelo direito, mormente por constatar a ineficácia dos controles jurídicos do Poder e a crise de legalidade.

Os ideais aternativistas merecem ser melhor analisados, atentando-se para algumas considerações importantes, no sentido de que:

- a) deve ser afastado todo dogmatismo jurídico que leve a uma fé cega ao princípio da legalidade, mas sem negar a razão jurídica (posto que a decisão ocorre dentro do Estado Democrático de Direito);
- b) a crença na lei e na razão jurídica não sendo patrimônio de ninguém, sua interpretação não é necessariamente dogmática ou pretensamente científica, de forma que impeça uma interpretação alternativa;
- c) uma perspectiva alternativista deveria ser, ao menos, a de afastar uma cultura jurídica demasiadamente ‘pacífica’ e conformista;
- d) o direito também deve ser visto por fora, através dos movimentos sociais, das reivindicações e protestos legítimos por mais inclusão social;
- e) os tribunais também decidem de forma ideológica, algumas vezes desrespeitando direitos trabalhistas, a consciência, a condição feminina, a situação penitenciária, e às vezes favorecendo o terrorismo de Estado, a corrupção política, etc.

O alerta de Calera é no sentido de não nos enganarmos, pois com o direito na mão, se pode fazer quase tudo, inclusive outro direito.<sup>73</sup>

Cabe lembrar que *O relacionamento ético que dominou o pensamento filosófico dos séculos XVII e XVIII, sob a forma de doutrina do direito natural (que hoje ninguém mais se dispõe a aceitar, pelo menos na forma mais radical, que faz das verdades morais verdades da razão) estava convencido – ou tinha a ilusão – de que a razão pudesse decidir em última instância no universo das ações.*

*Muito pelo contrário, creio que as maiorias dos raciocínios políticos são derivações – no sentido de Pareto. Ou seja: servem exclusivamente para persuadir os outros*

---

<sup>73</sup> Op. Cit. Pág. 35.

*do acerto de nossas decisões, tomadas com base em “resíduos”, isto é, em motivos não racionais “.* Nos” resíduos “, Pareto incluía paixões, sentimentos, emoções, interesses, enfim toda gama variada e diferenciada dentro da qual se formam os julgamentos de valor. Segundo Pareto, dessa variedade de impulsos nasceram às derivações, meras racionalizações póstumas. Não é difícil perceber que o uso freqüente de palavras como “razoável “,” racional “,” lógico “, e outras empregadas no discurso político é muitas vezes impróprio. São utilizadas porque têm um sentido emocional positivo (e seus antônimos, um significado negativo). (BOBBIO, 1991:21/22)”.

A partir de um exemplo recente, à continuidade, Bobbio lembra a eleição de Waldheim para a Presidente da Áustria que, segundo a imprensa indiscreta, teria estado comprometido com os nazistas na última guerra. Quanto a esta última circunstância, o porta-voz do Ministério do Exterior de Israel afirmara: *até o último momento esperou-se que a razão e a lógica prevalecessem.* (BOBBIO, 1991:22).

Para Bobbio, nada tem a ver, a razão e a lógica, com a decisão tomada pela maioria dos cidadãos austríacos ao eleger Presidente um homem que teria tido relações com um governo nazista. Procura chamar a atenção entre o muito que se fala de *razão* em política e o lugar que ela efetivamente ocupa em relação aos fatos políticos.

Outro exemplo fornecido é o acidente nuclear de Chernobyl que, na ocasião, fomentou grandes debates sobre o “futuro da energia nuclear”. A decisão a ser tomada, conclui, *“em última instância será tomada não com fundamento em raciocínios corretos, mas sim nos bons (ou maus) interesses deste ou daquele grupo econômico”* (BOBBIO, 1991:22).

Se a decisão for confiada a um referendo popular, certamente a escolha seria em bases emocionais, sem que prevalecessem as melhores razões. Os critérios razoáveis para distinguir as razões certas da errada seriam:

*...ou nos referimos a princípios preestabelecidos ou a resultados a serem verificados. Ao que precede a ação ou ao que o segue. Os princípios vêem em primeiro lugar – por exemplo, os Dez Mandamentos. Os resultados, depois: por exemplo, a maior felicidade*

*do maior número. Com base no primeiro critério, a ação será boa se ajustar o princípio adotado: má em caso contrário. Aplicado o segundo critério, a razão será boa se alcançar determinado resultado, má se esse resultado não for obtido.* (BOBBIO, 1991:23).

Inegavelmente são infinitos os exemplos de decisões de políticas cujos resultados apresentaram-se desastrosos para a vida social, não só na história passada, como no mundo contemporâneo. As éticas weberianas da convicção e da responsabilidade procuram refletir estas possibilidades.

Outro exemplo dado por Bobbio é a questão da *pena capital*. Frente ao comando normativo *não matar*, que procura realizar o princípio ou o valor da *vida*, a pena de morte é condenável porque não realiza o princípio; mas se a decisão for tomada em função dos resultados, a pena de morte será aprovada em nome da *felicidade da maioria* face ao provável efeito intimidativo aos pusilânimes.

A mesma dúvida pode ocorrer entre a ética do dever e a ética da finalidade. Há princípios incompatíveis em todos os sistemas, como há filosofias ou visão de mundo incompatível entre si, todas elas com boas razões para serem adotadas.

Uma vez colocadas estas questões, o que se há de verificar é se há ou não racionalidade na democracia. Assim, Bobbio abre a questão da “representação” política nas democracias modernas e o problema dos representantes em definir qual o interesse da nação a ser garantido diante dos vários e muitas vezes antagônicos segmentos sociais: *Na realidade o problema é resolvido – melhor dito, é contornado – com o estabelecimento de regras de procedimento para fundamentar as decisões consideradas vinculantes por toda a coletividade* “(BOBBIO, 1991:32/33).

O procedimento e não o mérito passa a ser o critério básico da democracia, que é vontade da maioria. Bem analisada a forma de manifestação desta “vontade da maioria” via representação, tem-se que não passa de uma ficção, embora necessária, posto que, na hipótese, parte-se do pressuposto que se trata de decisão de grupo: *...a forma de governo democrática é aquela em que existem normas sobre quem deve tomar as decisões, e de que*

*maneira. Mas essas regras nada dizem sobre o que deve ser decidido: são regras processuais. Mas o estratagema precisa ser adotado porque de outra forma não teríamos condições de determinar o interesse coletivo (BOBBIO, 1991:33).*

Sob tal ótica, a democracia deixa de ser uma concepção substantiva, portanto, baseada em valores, como por exemplo, o da igualdade, para uma concepção formal ou procedimental, sem levar em conta, por conseguinte, a questão do interesse do Estado-Nação.

Com suporte em Antony de Isay, Bobbio entende que uma solução simplista para contornar a questão seria limitar tanto quanto possível à esfera das decisões coletivas, deixando *o maior espaço possível para as decisões individuais (BOBBIO, 1991:34).*

A justificar a regra da maioria, não se parte, como se vê, de argumentos racionais, mas reproduzindo o pensamento de Kelsen diz que *se deve aceitá-lo porque é o que melhor garante a igualdade e a liberdade. (BOBBIO, 1991:34).* Parte do princípio de que *uma decisão majoritária satisfaz melhor o interesse coletivo do que uma decisão minoritária (BOBBIO, 1991:35).*

Afastando-se a impressão de que democracia e razão nada têm em comum, Bobbio coloca uma dimensão qualitativa à regra do jogo, como a necessidade de que as decisões tomadas, além de o serem pela maioria, devam ser oportunas, eficazes e justas, de tal forma que à semelhança do método científico, possam ser debatidas e revistas continuamente quanto aos resultados.

A possibilidade de debate, de uma análise crítica e por fim de revisão das decisões tomadas pelos representantes são, a nosso ver, elementos da maior importância para encontrar um ponto de apoio entre racionalidade e democracia, e para que, no contexto da nossa análise a partir de Gramsci, se explicita melhor a complexidade da construção de uma nova sociedade, de uma nova hegemonia.

Há sempre a possibilidade de revisão das normas legais pelo mesmo órgão legislativo, através de uma revogação, derrogação ou alteração da norma anterior. No entanto,



nas democracias modernas, a exemplo da brasileira, as normas legais podem ser revistas tanto por via de ação, como de exceção, pelo Judiciário.

Nesta instância, as sentenças judiciais, por força de lei, devem ser fundamentadas, isto é, a decisão final deve ser antecedida por uma análise racional e crítica de todos os elementos fáticos e legais, levando-se em consideração apreciações de todos os princípios e valores consagrados pela sociedade e pela Lei Maior.

O poder de controle das atividades do Legislativo, à luz da Constituição, constitui uma das atribuições do Poder Judiciário, em muitos países democráticos, sendo a sentença o instrumento e ocasião de controle de leis injustas e inconstitucionais.

O Poder Judiciário é colocado, assim, como guardião dos valores individuais e coletivos consagrados na Constituição pelas democracias modernas, seja frente às normas que violem tais valores, seja frente ao fato violador. Como órgão de defesa da soberania, tem a função não só de garantir os direitos inalienáveis da raça humana frente a eventuais arbítrios do Executivo, reconstruindo a democracia em cada decisão:

O papel do juiz frente às concepções científicas, formalistas e positivistas da aplicação e interpretação do direito não ocorre, todavia, de forma simples.

Há uma gama de problemas no processo de aplicação do Direito e da interpretação jurídica. A par de critérios gerais, objetivos e subjetivos, há ainda critérios particulares, teorias históricas e problemáticas de interpretação.

Afastando-se de todas as formulações teóricas, surgiu, como visto, a linha antiformalista com o *movimento do direito livre*, também conhecida como jurisprudência sociológica.

Karl Larenz, por seu turno, situa este movimento do direito livre dentro da corrente irracionalista geral, quando Schopenhauer, Nietzsche e Bergson se opunham ao racionalismo moderno ainda no século XIX. Hans Kelsen, com a Teoria Pura do Direito, coloca o Direito dentro de uma pureza metodológica.

Impossível aqui resumir todo o universo de doutrinas de interpretação que se foram firmando historicamente até nossos dias.

O ponto principal de toda esta problemática certamente poderia ser aclarado se fosse possível definir se a tarefa interpretativa é científica ou meramente ideológica.

O quadro traçado por Cappelletti serviu-nos para descortinarmos o panorama ideológico da magistratura na visão liberal através de um intelectual renomado na questão do controle judicial da constitucionalidade das leis, porta de partida para a compreensão do papel da magistratura na ordem democrática burguesa.

Nossa hipótese é a de que aos operadores do Direito está dada uma condição de possibilidade de (re) construção do projeto de Estado, ora dissolvido com as políticas de barbárie liberal. A questão da *eticidade* emerge na questão da afirmação do Estado, até como condição de vida de uma sociedade civil que pense por própria conta, longe de imposições, menos colonizada.

O livre arbítrio na escolha de possibilidades não significa indeterminação. Somente onde há entes contingentes há determinação. Mas havendo entre entes contingentes seres inteligentes pode haver contradições, mas são suas escolhas que tornam possíveis o progresso humano.

O ato humano de escolha consciente realiza pela cognição intelectual, sem vícios ou paixões. O que proclama Gramsci em todos os momentos tem proclamado é uma “reforma moral e intelectual”, única forma capaz de alcançar o ato humano.

Abandonando toda forma de irracionalismo, o homem será senhor de sua história e, na afirmação desta liberdade de escolha, insere-se o juiz moderno como “intelectual orgânico”.

O juiz que atua numa estrutura capitalista deve ter em mente esta realidade para afastar seus vícios, não esquecendo suas obrigações sociais e o respeito aos princípios éticos que devem reinar entre todos os homens. Daí nossa opção por uma visão marxista do Direito, sem descuidar daqueles valores positivados, insertos na Constituição, como o art. 3º

da CF/1988, que instrumentaliza o Uso Alternativo do Direito. Mas não basta o Magistrado divorciado da realidade, promover os avanços se não houver um lastro nos movimentos sociais, pois *Se o uso alternativo do direito não é apoiado na luta de classes que se realiza nas fábricas, nas universidades, etc., não teria outro sentido que o de ser um gesto de boa vontade, na prática, é impossível.*<sup>74</sup>

---

<sup>74</sup> ANDRADE, Lédio Rosa de. Juiz Alternativo e Poder Judiciário. 1992. São Paulo: Acadêmica. P. 83.

## Considerações Finais

Qual a relação entre magistratura e cidadania? Será que o magistrado “flutua sobre os simples mortais”? É o juiz autônomo numa sociedade dilacerada por profundos conflitos de todas as ordens? São questões recorrentes tanto na vida acadêmica como nas profissões jurídicas em geral.

Responder a tais indagações escapa em grande medida ao objeto da presente dissertação. De qualquer forma nosso trabalho tangenciou aquelas questões.

Pensamos que na atual conjuntura da barbárie neoliberal, corre risco a democracia, e esta, não é uma construção individual, mas coletiva, tampouco se restringe às ações da sociedade política, pois, se consideramos o conceito de Estado Ampliado Gramsciano, então a reconstrução democrática não passa somente pela artesanaria dos aparelhos estatais, mas por uma reforma moral e cultural da sociedade civil.

Dessa forma, não consideramos o Direito como uma mera esfera de circulação de mercadorias, nem como um aparelho repressivo ou ideológico do *status quo*. Sendo o Direito parte de uma condensação de relações de forças, tanto pode ser repressão como emancipação. O Direito é um código de avanços e recuos das lutas dos oprimidos.

Em nossa dissertação, chegamos a algumas considerações finais, não conclusivas porque anteabrem um leque para pesquisas mais aprofundadas, entretanto, serão apresentados os pontos que merecem destaque:

- 1) Para a construção de uma sociedade democrática, é necessário que os intelectuais, comprometidos com a emancipação, contribuam com espírito crítico e ações, para uma relação orgânica com os setores mais democráticos da sociedade. Esse processo atinge o Direito e os operadores jurídicos.

- 2) Incorporar na lei positiva os valores morais, éticos e culturais é aplicar os direitos e garantias individuais e sociais contidos na Constituição.
- 3) O processo de afirmação da modernidade jurídica é tenso. A tensão entre “senso comum jurídico” e “novos consensos” revelam uma luta cultural que não pode ser desprezada quando se pensa em mudança da sociedade e no papel dos operadores do Direito.
- 4) O recurso a alguns conceitos gramscianos permite uma nova visão na construção da modernidade, enriquecendo Marx, e mostrando a insuficiência da tese segundo a qual o Direito possui somente um valor econômico, leva em consideração outros fatores, especialmente, uma mudança de mentalidade.
- 5) Com Bobbio aprendemos, há décadas, que a cultura liberal da qual surge o Direito Constitucional nos liga a importantes conquistas como a dos Direitos Fundamentais, que não podem ser esquecidos.
- 6) A teoria do conflito oferece um novo paradigma para compreender o fenômeno jurídico. A partir desta teoria, torna-se possível uma hermenêutica que se atualiza na compreensão dos movimentos populares.
- 7) A tese de Mauro Cappelletti sobre a função criadora e não meramente aplicadora das leis por parte dos magistrados, é um fenômeno típico de nosso século, posto que unge a norma de uma valoração pessoal. O papel do magistrado é discricionário se levarmos em conta os elementos de racionalidade jurídica, será arbitrário se levarmos em conta a opção política, já que o Estado é também uma Relação ou Correlação de forças.
- 8) As teses garantistas são de grande importância teórica e prática e já se encontram incorporadas pela crítica e pelo movimento do Direito Alternativo.

- 9) Para Gramsci a filosofia é uma atividade criadora e o pensamento que modifica a maneira de sentir e criar é uma tarefa humana. Nesse sentido, há uma atribuição política na atividade do juiz na medida em que exerce uma atividade criativa na elaboração nas normas jurídicas
- 10) O juiz é intérprete qualificado na criação de uma racionalidade de tipo prático-moral.
- 11) O juiz alternativo, como intérprete da lei positiva pode trazer uma nova luz à hermenêutica, tornando-a mais atual, por aproximar a lei aos Direitos Fundamentais.
- 12) Com a omissão do Estado, avolumam-se mais as demandas sobre questões novas que os magistrados podem resolver à luz dos princípios gerais do Direito e das normas constitucionais.
- 13) As incorporações dos direitos fundamentais nas constituições modernas contribuem para o aperfeiçoamento das instituições democráticas. Os magistrados, ao decidirem com base nos direitos fundamentais e nos objetivos expressos no art. 3º da CF1988, estarão criando um novo consenso.
- 14) Face ao equilíbrio precário entre a sociedade civil e a sociedade política, cabe aos magistrados garantir a liberdade contra o eventual arbítrio do Estado.
- 15) Não basta o estudo dos direitos fundamentais, é preciso positivá-los; não basta positivá-los, é necessários que integrem o mundo da vida.
- 16) A nosso ver, o juiz tem o dever constitucional de defender os direitos humanos em todas as suas decisões, não somente como um compromisso com a ética, mas como um compromisso com a própria Constituição que prometeu defender.

17) O papel dos cidadãos é exigir cada vez mais a concreção dos direitos fundamentais positivados e ao magistrado, como órgão do Poder Judiciário, conhecer os mecanismos capazes de habilitá-lo profissionalmente a responder por demandas democratizantes.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Lédio Rosa de. **Juiz Alternativo e Poder Judiciário**. São Paulo: Acadêmica. 1992

ARGÜELO, Katie. **Decisionismo: um confronto entre Max Weber e Carl Schmith**. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, 33 Ano 32. Coleção Acadêmica de Direito, Vol. 17. Porto Alegre: Síntese, 2000

---

**O ícaro da modernidade**. São Paulo : Acadêmica, 1997.

ARRUDA JR., Edmundo Lima de. **Direito e século XXI: conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna**. Niterói : Luam, 1997.

---

**Direito Moderno e Mudança Social**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997

---

Gramsci e o direito: reflexões sobre novas jurisdições. In: ARRUDA Jr., Edmundo Lima de, BOGES FILHO, Nilson (orgs.) **Gramsci; Estado, Direito e Sociedade**. Florianópolis, SC : Letras Contemporâneas, 1995.

---

**Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa**. São Paulo: Acadêmica, 1993

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Lisboa : Almedina, 1994.

BARCELLONA, Pietro. **Política e passioni: proposte per un dibattito**. Trad. De Selvino J. Assmann. Torino : Bollati Boringhieri, 1997.

BIAVASCHI, Magda Barros. **Magistratura e Transformação Social: as teses coletivas dos juízes gaúchos**. Dissertação de Mestrado. 1998. Florianópolis? UFSC – CPGD – biblioteca.

BOBBIO, Norberto. **Três ensaios sobre democracia**. São Paulo: Cardim E Alario. 1991.

---

**A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 11ªed. Rio de Janeiro : Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ªed. São Paulo : Malheiros, 1997.



CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade: Uma Abordagem Garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra : Almeidina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre : Fabris, 1989.

---

**O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. Porto Alegre : 1999a.

---

**Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre : Fabris, 1999b.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre : Fabris, 1997.

CORREAS, Óscar. El neoliberalismo en el imaginario jurídico. In: **DIREITO e neoliberalismo**: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba : Edibej, 1996.

COUTINHO, Carlos Nelson, KONDER, Leandro. Notas sobre Antonio Gramsci. In: GRAMSCI, Antonio. **Concepção dialética da história**. 10ª ed. São Paulo : Civilização Brasileira, 1995.

COUTINHO, Carlos Nelson I-Socialismo e democracia: a atualidade de Gramsci. In: AGGIO, Alberto (org.) **Gramsci: a vitalidade de um pensamento**. São Paulo : UNESP, 1998.

---

**Gramsci: um estudo sobre seu pensamento político**. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1999a.

---

Prefácio. In: SEMERARO, Giovani. **Gramsci e a sociedade civil**. Petrópolis : Vozes, 1999b.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Jurisdição, psicanálise e mundo liberal. In: **DIREITO e liberalismo**: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: Edibej, 1996.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes.** São Paulo : Saraiva, 1996.

FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e Justiça. A Função Social do Judiciário.** São Paulo: Ática. 1989.

FERNANDEZ, Tomás-Ramón. Prólogo. In: PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La garantía en el Estado constitucional del Derecho.** Madrid : Trotta, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: teoría del garantismo penal.** Madrid: Editorial Trotta, 1989.

GARCÍA-MAURIÑO, J.M., FERNÁNDEZ REVUELTA, J. A. **Historia de la filosofía.: Platon: teoría de las ideas y antropología.** Madrid : Alhambra, 1994. (Cuadernos de Cou y Selectividad, 2

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de Direito Civil: em comentário ao código português.** São Paulo : Max Limonad, 1955. v.1, t.1.

GRAMSCI, Antonio. **Quaderni del Carcere.** Torino : Einaudi, 1977.

---

\_\_\_\_\_ **Maquiavel: a política e o Estado Moderno.** Trad. Luiz Mário Gazzeno. 8ª ed. São Paulo : Civilização Brasileira, 1991.

---

\_\_\_\_\_ **Concepção dialética da história.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. 10ª ed. São Paulo : Civilização Brasileira, 1995a.

---

\_\_\_\_\_ **Os intelectuais e a organização da cultura.** Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1995b.

JOLL, James. **As idéias de Gramsci.** São Paulo: Cultrix, 1997.

ROHDEN, Valério. Coordenador. **Kant e a Instituição da Paz.** Porto Alegre: UFRS Editora Universidade. . 1997

OLIVECRONA, Karl. **El Derecho como hecho: la estructura del ordenamiento jurídico.** Barcelona : Labor, 1980.

PEÑA FREIRE, Antônio Manuel. **La garantía en el Estado constitucional del Derecho.** Madrid : Trotta, 1997.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros. 1995.

ROHDEN, Valério. Introdução. In: ROHDEN, Valério (coord.). **Kant e a instituição da Paz**. Porto Alegre: Ed.Universidade, 1995.

ROSANVALLON, Pierre. **Las crisis del Estado Providencia**. Madrid: Editorial Civitas, 1995.

RUFFIA, Paolo Biscaretti de. **Derecho constitucional**. Madrid: Editorial Tecnicos, 1993.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant**. Belo Horizonte : Ed. UFMG, 1995.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice. O Social e o Político na Pós-Modernidade**. São Paulo: Cortez. 1995.

\_\_\_\_\_. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: SANTOS, Theotônio dos (coord.) **A crise dos paradigmas em ciências sociais**. Rio de Janeiro : Contraponto. 1999.

SEMERARO, Giovani. **Gramsci e a sociedade civil**. Petrópolis : Vozes, 1999.

SILVA, Marcus Fabiano Gonçalves da. **Epistemologia, Ética e Hermenêutica: Estudos de Fundamentação Filosófica para o Direito**. 2000. CPGD/ UFSC

SILVA, Rafael Damasceno Ferreira e. **Poder Judiciário e Hegemonia: O Caso dos Magistrados Alternativos do Rio Grande do Sul**. Dissertação de Mestrado. 1995. Florianópolis: UFSC-CPGD – biblioteca.

SIMIONATO, Ivete. O social e o político no pensamento de Gramsci. In: AGGIO, Alberto (org.) **Gramsci: a vitalidade de um pensamento**. São Paulo : UNESP, 1998.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999.

VITA, Alvaro. O lugar dos Direitos na moralidade política. **Lua Nova: Revista de Cultura Política**, n.30, p. 5-34, 1993.

WEBER, Max. **Economia y Sociedad**. México: Fondo de Cultura Economica. 1992.

WOLKMER, Antonio Carlos. Sociedade liberal e a tradição do bacharelismo jurídico. In: BORGES FILHO, Nilson (org.) **Direito, Estado, Política e Sociedade em transformação**. Porto Alegre : Fabris, 1995.